

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN**  
Sección Departamental de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

**La adecuación constitucional de los servicios de inteligencia**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Francisco Javier Gallego Ortiz**

DIRECTORES:

**Francisco Javier, dir Gallego Ortiz**  
**María Pilar, dir Cousido González**

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5331175288

TE  
2.121



## **UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

FACULTAD DE CIENCIAS DE LA INFORMACION:

SECCION DEPARTAMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

TESIS:

### **LA ADECUACION CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA**

Doctorando:

Francisco Javier Gallego Ortiz

Dirigida por la Profesora

Dra. M<sup>a</sup> Pilar Cousido González

Enero 2010



A mis padres,  
a mi hermano.

## INDICE

Introducción.....	7
Capítulo I: El sujeto organizado: El Centro Nacional de Inteligencia (CNI).....	19
1. La necesidad de los servicios de inteligencia en el siglo XXI.....	19
2. El Centro Nacional de Inteligencia (CNI).....	28
2.1. <i>De facto</i> .....	30
2.1.1. Uno o varios servicios de inteligencia.....	31
2.1.2. La coordinación de la comunidad de inteligencia.....	37
2.1.3. El problema de la dirección.....	39
2.2. <i>De iure</i> .....	43
2.2.1. <i>Corpus iuris</i> .....	44
2.2.1.1. La Constitución Española (CE).....	44
2.2.1.2. Ley 11/2002 reguladora del CNI.....	45
2.2.1.3. Ley Orgánica 2/2002 reguladora del control judicial previo del CNI.....	47
2.2.1.4. Ley 11/1995 reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a fondos reservados.....	49
2.2.1.5. RD 436/2002 por el que se establece la estructura orgánica del CNI.....	50
2.2.1.6. RD 593/2002 que desarrolla el régimen económico presupuestario del CNI.....	51
2.2.1.7. RD 327/2004 que modifica el Estatuto de Personal del CNI aprobado por RD 1324/1995.....	53
2.2.1.8. RD 421/2004 por el que se regula el Centro Criptológico Nacional (CCN).....	59
2.2.2. La cuestión de la dependencia: El organigrama.....	61
2.2.3. Las competencias del CNI.....	64
2.2.4. El control del CNI.....	66
2.2.4.1. El control interno.....	67
2.2.4.1.1. El control interno de los mandos del Centro.....	67
2.2.4.1.2. El control del Secretario General.....	68
2.2.4.1.3. El Control del Secretario de Estado Director.....	69
2.2.4.2. El control externo.....	71
2.2.4.2.1. El control del Gobierno.....	72
2.2.4.2.2. El control de la Agencia de Protección de Datos.....	75
2.2.4.2.3. El control del Tribunal de Cuentas.....	75
2.2.4.2.4. El control de la Intervención General de la Administración del Estado.....	76
2.2.4.2.5. El control del Parlamento.....	78
2.2.4.2.6. El control judicial.....	82
2.2.4.2.7. El control por los medios de comunicación.....	88
2.2.5. La relación del CNI con otros órganos de inteligencia.....	90
2.2.5.1. Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas.....	90
2.2.5.2. La Jefatura de Información y Policía Judicial de la Guardia Civil.....	91
2.2.5.3. La Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía.....	92
2.2.5.4. Los servicios de inteligencia autonómicos.....	92



<b>Capítulo II: Los servicios de inteligencia en el derecho comparado.....</b>	<b>95</b>
1. El primer mundo de los servicios de inteligencia.....	95
1.1. El caso de Israel.....	96
1.2. El caso de Rusia.....	98
1.3. La cooperación internacional de los servicios de inteligencia.....	100
2. Reino Unido.....	101
2.1. Particularidades del derecho constitucional británico.....	102
2.2. Organización de la comunidad de inteligencia británica.....	104
2.2.1. La comunidad de inteligencia británica.....	104
2.2.1.1. <i>Government Communications Headquarters</i> (GCHQ).....	105
2.2.1.2. <i>Security Service</i> (MI5).....	106
2.2.1.3. <i>Secret Intelligence Service</i> (MI6).....	108
2.2.2. Los órganos de coordinación.....	109
2.2.2.1. Comité Ministerial de los Servicios de Inteligencia.....	110
2.2.2.2. Comité de Inteligencia y Seguridad.....	110
2.2.2.3. Comité Permanente de Subsecretarios.....	110
2.2.2.4. Comité Conjunto de Inteligencia.....	111
2.3. El Estatuto del Personal.....	111
2.4. La obtención de la información por los servicios secretos.....	112
2.5. El control de los servicios secretos.....	113
2.5.1. El control por el ejecutivo.....	114
2.5.2. El control por el Parlamento.....	114
2.5.3. El control judicial.....	116
2.6. Similitudes y diferencias con el caso español.....	117
3. Francia.....	118
3.1. La comunidad de inteligencia francesa.....	119
3.1.1. <i>La Direction Générale de la Sécurité Extérieure</i> (DGSE).....	120
3.1.2. <i>La Direction du Surveillance du Territoire</i> (DST).....	121
3.1.3. <i>La Direction du Renseignement Militaire</i> (DRM).....	122
3.2. El control de los servicios de inteligencia.....	122
3.2.1. El control por el ejecutivo.....	123
3.2.2. El control por el Parlamento.....	124
3.2.3. El control judicial.....	125
3.3. En particular: la interceptación de las telecomunicaciones.....	126
3.3.1. Escuchas administrativas.....	126
3.3.2. Interceptaciones extraordinarias sin sujeción a control.....	127
3.4. Diferencias con el sistema español.....	127
4. Alemania.....	128
4.1. Fundamento constitucional de los servicios de inteligencia.....	129
4.2. La comunidad de inteligencia.....	130

4.2.1. <i>Bundesamt für Verfassungsschutz</i> (BfV).....	130
4.2.2. <i>Bundesnachrichtendienst</i> (BND).....	131
4.2.3. <i>Militärischen Abschirmdienst</i> (MAD).....	132
4.3. En particular: El caso de los <i>Länder</i> .....	133
4.4. La coordinación de la comunidad de inteligencia.....	133
4.5. Las competencias.....	134
4.5.1. El secreto de las comunicaciones y de las telecomunicaciones.....	135
4.5.2. Entrada en domicilio y otros métodos del espionaje clásico.....	136
4.5.3. Tratamiento de datos personales.....	136
4.6. El Estatuto del Personal.....	137
4.7. El control de los servicios secretos.....	138
4.7.1. El control por el ejecutivo.....	138
4.7.2. El control parlamentario.....	138
4.7.3. El control por el poder judicial.....	140
4.7.4. El control por la opinión pública.....	141
4.5. Similitudes y diferencias con el caso español.....	141
5. Estados Unidos.....	142
5.1. La comunidad de inteligencia de Estados Unidos.....	143
5.1.1. <i>Central Intelligence Agency</i> (CIA).....	144
5.1.2. <i>Defense Intelligence Agency</i> (DIA).....	147
5.1.3. <i>Federal Bureau of Investigation</i> (FBI).....	147
5.1.4. <i>National Security Agency</i> (NSA).....	149
5.2. Fundamento jurídico constitucional de la comunidad de inteligencia.....	149
5.3. La coordinación de la comunidad de inteligencia.....	150
5.3.1. El Asesor del Presidente para Asuntos de Seguridad Nacional.....	151
5.3.2. El Consejo de Seguridad Nacional.....	151
5.3.3. El Consejo y la Oficina de Seguridad Interior.....	152
5.3.4. El Director Central de Inteligencia.....	153
5.3.5. El Director de la Inteligencia Nacional.....	154
5.4. En particular: Escuchas o intrusiones electrónicas.....	155
5.5. El Estatuto del Personal.....	156
5.6. En particular: La Ley de Libertad de Información.....	156
5.7. El control de la comunidad de inteligencia.....	158
5.7.1. El control por el ejecutivo.....	159
5.7.1.1. El Consejo Asesor de Inteligencia Exterior.....	159
5.7.1.2. El Consejo de Vigilancia de la Inteligencia.....	160
5.7.2. El control parlamentario.....	160
5.7.2.1. <i>Select Committee on Intelligence</i> (Senado).....	160
5.7.2.2. <i>Committee on Foreign Affairs</i> (Congreso).....	161
5.7.3. El control judicial.....	163
5.8. Diferencias y similitudes con el caso español.....	164

<b>Capítulo III: El fundamento jurídico constitucional de los servicios de inteligencia.....</b>	<b>167</b>
1. La incardinación constitucional de los servicios de inteligencia.....	167
1.1. Necesidad o no de mención constitucional expresa de los servicios de inteligencia.....	168
1.2. Postulados básicos del estado democrático de derecho que deben ser respetados.....	170
2. A vueltas con el concepto de seguridad nacional.....	170
2.1. Concepto de seguridad nacional.....	171
2.2. La idea de seguridad nacional que subyace en el ordenamiento jurídico español.....	173
2.2.1. Antes de la Constitución de 1978.....	174
2.2.2. Después de la Constitución de 1978.....	174
2.3. Paz y seguridad.....	175
2.4. Concepto de Defensa Nacional.....	176
2.5. Economía y seguridad.....	178
2.6. La ponderación de la seguridad nacional.....	180
3. La democracia militante .....	183
3.1. La defensa de la democracia como fundamento de los servicios de inteligencia.....	184
3.1.1. Acotación de la democracia.....	184
3.1.2. La democracia no evita que el poder sea arbitrario.....	185
3.2. La defensa de la Constitución como fundamento de los servicios de inteligencia.....	187
3.2.1. Necesidad o no de constitución escrita.....	188
3.2.2. Requisitos esenciales.....	189
3.2.3. Contínente y contenido.....	189
4. La libertad como fundamento constitucional de los servicios de inteligencia en el marco del estado de derecho.....	191
4.1. Concepto de libertad.....	192
4.2. Desarrollo histórico de la concepción de libertad.....	192
4.3. La libertad en la Constitución española de 1978.....	194
4.3.1. Los valores superiores.....	194
4.3.2. La libertad.....	195
4.4. Los límites de la libertad.....	197
4.5. Libertad y seguridad en el Estado de Derecho.....	198
4.6. Libertad y servicios de inteligencia.....	202
4.6.1. El ciudadano, el Gobierno y los servicios de inteligencia.....	202
4.6.2. La libertad, referencia primera y última de los servicios de inteligencia.....	203
<b>Capítulo IV: Servicios de inteligencia y secretos de Estado.....</b>	<b>206</b>
1. Orígenes de la razón de Estado.....	206
1.1. Definiciones clásicas.....	207
1.2. De la razón de Estado a la Seguridad Colectiva en política internacional.....	208
2. La razón de Estado y el estado de derecho.....	209
2.1. De la razón de Estado a la razón cívica.....	210
2.2. Implicaciones del estado de derecho.....	210

3. El secreto de Estado.....	212
3.1. El secreto y el individuo.....	213
3.2. El secreto y el Estado.....	214
3.3. El fundamento del secreto de Estado.....	216
3.4. La legitimidad constitucional del secreto de Estado.....	218
3.4.1. Posiciones en contra.....	218
3.4.2. Posiciones a favor.....	219
4. Consideración jurídica del secreto de Estado.....	220
4.1. El concepto técnico-jurídico de secreto.....	221
4.2. El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico español.....	222
4.2.1. Publicidad y secreto en la Constitución española de 1978.....	222
4.2.2. El secreto de Estado en la Ley y el Reglamento de Secretos Oficiales.....	226
4.2.2.1. Transparencia pública o reserva informativa.....	227
4.2.2.2. El elemento objetivo.....	228
4.2.2.3. Categorías de información clasificada.....	229
4.2.2.4. El elemento subjetivo.....	231
4.2.2.5. El procedimiento.....	233
4.2.2.6. La desclasificación.....	234
4.2.3. El control de los secretos de Estado.....	236
4.2.3.1. El control interno.....	238
4.2.3.2. El control legislativo.....	241
4.2.3.3. El control judicial.....	244
4.3. El secreto de Estado en el derecho comparado.....	249
4.3.1. Alemania.....	249
4.3.2. Francia.....	250
4.3.3. Italia.....	252
4.3.4. Reino Unido.....	255
4.3.5. Estados Unidos.....	259
5. Conclusión.....	260
<b>Capítulo V: El acceso a la información y la potestad informativa del Estado.....</b>	<b>265</b>
1. El derecho a la información.....	265
1.1. La dimensión subjetiva del derecho a la información.....	266
1.2. La dimensión institucional del derecho a la información.....	267
1.3. El contenido del derecho a la información.....	268
1.3.1. La facultad de difundir.....	269
1.3.2. La facultad de recibir.....	269
1.3.3. La facultad de investigar.....	269
1.4. El acceso a los archivos y registros administrativos.....	270
1.4.1. El derecho de acceso y sus vinculaciones con otros bienes y derechos constitucionales.....	273

1.4.2.	El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en el ordenamiento jurídico español interno: estado de la cuestión en la actualidad.....	278
1.4.3.	El principio de transparencia administrativa en el ordenamiento de la Unión Europea.....	286
1.5.	El acceso a los archivos de los servicios de inteligencia.....	292
2.	La potestad informativa del estado.....	297
2.1.	La prensa y los servicios de inteligencia.....	301
2.2.	Hacia una cultura de inteligencia.....	302
<b>Capítulo VI: La inviolabilidad domiciliaria y el secreto de las comunicaciones.....</b>		<b>306</b>
1.	El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.....	308
1.1.	Concepto constitucional de domicilio.....	310
1.2.	Su relación con otros derechos fundamentales.....	312
1.3.	La doble naturaleza del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.....	313
1.4.	Los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.....	314
1.4.1.	La noción de orden público constitucional.....	315
1.4.2.	La resolución judicial.....	316
1.4.3.	Consentimiento del titular y flagrancia.....	318
1.5.	El bien jurídico protegido.....	320
1.6.	Las actuaciones del servicio de inteligencia en relación con la inviolabilidad domiciliaria.....	321
1.6.1.	El control judicial previo para supuestos de entrada y registro de domicilios.....	322
1.6.2.	Legitimación activa.....	323
1.6.3.	Requisitos de la solicitud de autorización.....	324
1.6.4.	Plazos para conceder o no la autorización de entrada y registro.....	325
1.6.5.	Informaciones no relacionadas con el objeto de la entrada y registro.....	326
2.	El secreto de las comunicaciones.....	327
2.1.	Fundamento de la protección.....	328
2.2.	Doble dimensión del derecho al secreto de las comunicaciones.....	328
2.3.	Legitimación activa y pasiva.....	329
2.4.	Los límites del derecho al secreto de las comunicaciones.....	330
2.5.	La suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones.....	330
2.6.	Intervención y observación de las comunicaciones telefónicas.....	332
2.6.1.	Garantías constitucionales y procesales para la adopción de las intervenciones.....	333
2.6.2.	Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	334
2.6.3.	Una cuestión semántica: intervención y observación.....	335
2.6.4.	Telefonía móvil: el problema de la localización y su tratamiento automatizado.....	336
2.6.5.	Requisitos de las intervenciones telefónicas.....	337
2.7.	Particularidades del derecho al secreto de las comunicaciones si interviene el servicio de inteligencia.....	338
2.8.	Intervención de la correspondencia.....	339
2.9.	Las comunicaciones telemáticas y el art. 18.4 CE.....	341
<b>Conclusiones.....</b>		<b>344</b>
<b>Bibliografía.....</b>		<b>359</b>

## **Introducción**

Esta tesis doctoral nace de una conversación con el General Luis González Ramos, ya fallecido, en su casa de Arenas de San Pedro. Comentaba él con gracia como, siendo General Interventor, había intentado auditar las cuentas del extinto CESID. “Hombre, Luis, qué ocurrencia”, vinieron a decirle en el Ministerio de Defensa. Aquel General, con sólida formación jurídica, especialista en Derecho Administrativo, que había sobrevivido a un atentado de los GRAPO gracias a la perspicacia de su hija, sostenía que era posible y necesario, para defender el estado de derecho, contar con unos servicios de inteligencia modernos y creíbles, democráticos, que respetasen escrupulosamente el ordenamiento jurídico español.

### **A) Razón de ser de esta tesis**

La tesis arranca de aquella conversación inicial y de otras muchas mantenidas con personas que hicieron reflexionar a este doctorando y provocaron decenas de lecturas encaminadas a confirmar o desmentir aquella aseveración y sus argumentos.

El objetivo de la tesis ha sido demostrar que cabe defender el estado de derecho desde los servicios de inteligencia, que es posible contar con unos servicios de inteligencia plena y absolutamente democráticos respetuosos con

la legalidad vigente, que carece de sentido conculcar el estado de derecho para defenderlo, que no es lógico romper el jarrón para salvarlo y que no es posible decir a la sociedad que se conculcan sus derechos para defenderlos.

Existe ya una Cátedra de Servicios de Inteligencia y Sistemas Democráticos funcionando en la Universidad Rey Juan Carlos con el apoyo del Centro Nacional de Inteligencia, una cátedra que contribuye a la difusión de la cultura de inteligencia y que organiza, entre otras actividades, el Congreso Nacional de Inteligencia que, en la apertura de su segunda edición – año 2010- contó con la presencia del Secretario de Estado Director, General de Ejército Félix Sanz Roldán, que declaró: “Hoy el CNI, gracias a su ley reguladora que pone un magistrado del Supremo a nuestra disposición los 365 días del año, las veinticuatro horas del día, no comete un solo acto ilegal”<sup>1</sup>.

## **B) Estado de la cuestión**

Cuando hace diez años -1999/2000- se comenzó a abordar el objeto de la presente tesis doctoral, la situación era bien distinta. El toledano Javier Calderón Fernández se hace cargo de la dirección del CESID en 1996 como teniente general de Infantería DEM en la reserva. Hasta llegar a ostentar la dirección del CESID Calderón ha cumplido destino en el Alto Estado Mayor en labores de Inteligencia. La llegada al Centro de Calderón se produce en unos momentos particularmente difíciles para “la Casa”: todavía resuenan los ecos de la caída de Manglano, está abierto el asunto de los GAL, el del gabinete de

---

<sup>1</sup> Corrillo informal al término de la mesa inaugural en el que estaban presentes, además del propio General, algunos medios –enviada de RNE, Manuel Ángel Menéndez de “Diario Crítico”, el director de comunicación del Centro y este doctorando.

escuchas y sale a la luz la “Operación Mengele”<sup>2</sup>. A Calderón le advierte el Presidente del Gobierno que el Centro debe dejar de ser noticia permanente en los medios de comunicación, que las cosas han de cambiar hacia el silencio y la discreción pero no se le dice cómo hacerlo. El nuevo director se preocupa por la imagen del Centro desde el primer momento. Así, se crea una página *web*, hay mayor contacto con la prensa, se participa en seminarios y conferencias, dentro y fuera de España, invitados por servicios amigos, y se alientan algunas publicaciones, pero todo ello de manera esporádica y sin hilazón. No hay aún un desarrollo coherente ni promoción alguna de lo que hoy conocemos como cultura de inteligencia.

El peor momento de Javier Calderón al frente del Centro, durante el primer gobierno Aznar, fue el caso de las “escuchas de Vitoria” a la sede de HB. Las informaciones aparecidas en la prensa y la batalla en el Parlamento planteada por el PNV e IU pusieron al director al borde de la dimisión, que no fue aceptada por Aznar. El asunto de las “escuchas de Vitoria” no hizo sino ratificar a Javier Calderón en la opinión de que los servicios necesitaban más medios y una legislación más adecuada a sus necesidades. Por lo demás, durante sus primeros años al frente de “la Casa” se continuó la labor de proyección internacional<sup>3</sup> iniciada por Emilio Alonso Manglano. En el interior, la colaboración y coordinación con los otros servicios de información del estado seguía sin ser enteramente satisfactoria aunque se produjo un avance significativo –necesidad obliga– a raíz de la declaración de tregua de la banda

---

<sup>2</sup> La llamada “Operación Mengele” consistiría en el secuestro de indigentes para probar drogas que luego serían utilizadas en el secuestro de etarras en Francia.

<sup>3</sup> Hasta el punto de que Calderón declaró en reiteradas ocasiones que el CESID estaba entre los ocho mejores servicios del mundo.



terrorista ETA y de las reuniones que con tal motivo llevaron a cabo los responsables de los distintos organismos.

### **C) Hipótesis**

La hipótesis de la que parte esta tesis es que es posible incardinar los servicios de inteligencia españoles dentro de la Constitución, dentro del estado de derecho sin que por ello mermen ni su eficacia ni su eficiencia ni disminuya su capacidad operativa.

Hace diez años tal opinión, lejos de ser pacífica resultaba utópica. En conversación mantenida con el Coronel Perote (que había dirigido los Grupos de Apoyo Operativo del CESID en la etapa Manglano), éste sostenía que tal opción era inviable.

### **D) Metodología**

El derecho responde claramente a la idea de complitud propia del pensamiento occidental. Especialmente si hablamos de derecho administrativo, en las últimas décadas hemos asistido a una “motorización legislativa” que pareciera no haber dejado nada sin regular respecto de la actividad de las administraciones públicas.

En cuanto a los servicios de inteligencia se ha producido un antes y un después de las leyes promulgadas en 2002. Hasta entonces la legislación era fragmentaria, reglamentaria y preconstitucional. Después, el reglamento deja

paso a la ley, se unifican las áreas dispersas y se incardinan a los servicios de inteligencia dentro del marco del estado de derecho y de la Constitución.

Al iniciar esta tesis doctoral hubo que hacer un esfuerzo de recopilación de todos los reglamentos dispersos que afectaban a la actividad de los servicios de inteligencia. La reforma de 2002 facilitó enormemente la tarea. De la exégesis de las leyes se pasó al análisis de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La hipótesis de principio era que los servicios de inteligencia podían trabajar en el marco del estado de derecho y que fuera del estado de derecho su actividad no tenía sentido, ¿cómo sería creíble que defendían el estado de derecho si principiaban por atacarlo?

En el momento en que se empieza a redactar la tesis hay que recurrir a los principios, los principios que sostienen el estado de derecho y a los que todo organismo del estado debe estar cometido. El estudio de derecho comparado demuestra entonces que la realidad, en todos los países de nuestro entorno, dista mucha de la legalidad. Sólo quedaba apoyarse en los principios y construir desde ellos.

Lo que se ha pretendido en esta tesis doctoral es contrastar y argumentar lógicamente una hipótesis (contraria a la realidad social del momento en que se inició). Se da la circunstancia de que se llega a unas conclusiones que coinciden con la línea de actuación que los sucesivos gobiernos españoles han ido marcando en los últimos diez años. Y eso es así hasta el punto que, a día de hoy, 2010, España es un modelo de cómo han de abordarse estos asuntos, si bien como se explica en la tesis doctoral, sigue habiendo aspectos que es necesario mejorar.

## **D) Estructura y contenido**

La presente tesis doctoral está dividida en seis capítulos. En el primero de ellos se examina el sujeto organizado, el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), qué es, qué parte del ordenamiento jurídico le afecta y qué tipos de control puede ejercer la sociedad sobre él.

En el segundo se realiza un estudio de derecho comparado prestando especial atención a la regulación jurídica de organismos semejantes en países de nuestro entorno.

En el Capítulo III se aborda el fundamento jurídico-constitucional de los servicios de inteligencia, la libertad y la seguridad en el marco del estado de derecho.

En el Capítulo IV se trata de la relación entre los servicios secretos y los secretos de estado. El fundamento y los límites de la razón de estado son analizados al tiempo que se realiza un estudio de derecho comparado.

El Capítulo V está dedicado al acceso a la información y la potestad informativa del estado. El acceso a los archivos y registros administrativos y, en particular, el acceso a los archivos de los servicios de inteligencia ocupan una parte importante en este apartado.

El Capítulo VI contempla el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio, asuntos ambos que, por sí mismos, merecerían una tesis doctoral –o varias- cada uno de ellos, pero que no constituyen el objeto central de la tesis, sino, más bien, elementos instrumentales del análisis de la constitucionalidad operativa de los servicios de inteligencia.

### **E) Bibliografía, documentos y jurisprudencia**

De entre los libros manejados para confirmar la hipótesis y contextualizar la materia en el ámbito del Derecho de la Información cabe mencionar, como bibliografía básica iusinformativa la obra de José María Desantes, *La Función de Informar* (Pamplona, 1976). En esa misma línea de estudio la obra de la Doctora Cousido, *Derecho de la Comunicación* (Madrid, 2001) y la obra de Luis Escobar de la Serna, *Manual de Derecho de la Información*, Madrid, 1997.

La elaboración previa filosófica fue posible gracias a obras clásicas como *Camino de Servidumbre* (Madrid, 2002) de Hayek o *El Espectador* (Madrid, 1988) de José Ortega y Gasset.

Para profundizar en la contextualización de los Servicios, el marco general pudo obtenerse de trabajos ampliamente conocidos como las aportaciones del profesor Revenga, en especial *El imperio de la política* (Barcelona, 1995) , por su amplia visión del modelo americano, el trabajo de Carlos Ruiz Miguel *Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional* (Madrid, 2002), muy en la línea de la hipótesis que se defiende en esta tesis; la obra de la profesora Pérez Villalobos *Derechos fundamentales*

y servicios de inteligencia (Granada, 2002); que ofrece un amplio panorama de derecho comparado, así como todos los trabajos del profesor Diego Navarro, Díez Picazo y Blanca Lozano, convergentes en la línea de unos servicios de inteligencia que deben estar plenamente integrados en el marco del estado de derecho.

Los trabajos de Rafael del Águila han sido también una fuente imprescindible para poder otear el panorama de todos aquellos autores que han escrito en sentido contrario, “los implacables”, los llama él, y de quienes se sitúan a caballo de ambas posturas como el mismo.

Entre los documentos utilizados ha tenido una importancia muy destacada el informe del CGPJ porque ha permitido realizar una revisión crítica de la reforma de 2002 que, aunque con algunas carencias<sup>4</sup>, va en la dirección que aquí se ha defendido.

### **E) Conclusiones**

**Ni la doctrina ni el Derecho positivo español permiten considerar que todo lo que se refiere al CNI tiene la consideración de secreto.** Es secreto el nombre de un agente cualquiera pero no el de su director. Son secretas las operaciones encubiertas pero no las conferencias ni los seminarios a las que sus miembros suelen acudir. Es decir, no toda la actividad del Centro es secreta. En consecuencia, hay una parte considerable que no está sujeta a ningún tipo de restricción informativa y esa parte debe llegar en extensión –

Meiklejohn- tan lejos como sea posible". El público tiene derecho a conocer y los servicios tienen el deber de ocultar, pero no todo. La parte que puede ser conocida debe serlo, porque el ciudadano tiene derecho, porque ese conocimiento acerca la imagen del servicio a la sociedad, porque el conocimiento anula el miedo –se teme lo que no se conoce-, porque mejora la imagen del servicio a los ojos del ciudadano y porque en última instancia - *velis, nolis*- siempre serán objeto del interés público.

- 1. La seguridad nacional no puede ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado de los derechos, sin producir al mismo tiempo inseguridad constitucional.** La seguridad nacional no puede desnaturalizar la esencia de las sociedades liberales de occidente porque al hacerlo pierde todo su sentido. Si infringe los derechos que afirma defender ¿para qué defenderlos si ya han sido abolidos? No es posible defender el estado de derecho sino desde el estado de derecho mismo. El fundamento jurídico constitucional de los servicios de inteligencia de un estado democrático de derecho no es tanto la defensa de la Constitución (que puede o no existir y cuya importancia deriva de los principios y valores que entraña) cuanto la protección de aquellos principios y valores que configuran el estado de derecho vengan o no reconocidos en el texto constitucional. La seguridad nacional sólo es un medio que permite la existencia de la libertad individual que es para lo que se creó el Estado. El Estado no tiene derechos fundamentales, su existencia se justifica como garante de la libertad de los hombres que en él habitan. Por otro lado, debe

---

<sup>4</sup> Muy presentes en la prensa estos días, artículos de Gimbernat, Cussac y Olle.

quedar definitivamente desterrada la cultura jurídica que impone la seguridad nacional como valor preponderante sobre cualesquiera otros que con él pudieran entrar en conflicto.

**2. Hasta el año 2002, no ha existido, en España, ni control gubernamental, ni control legislativo, ni control judicial de los Servicios de Inteligencia.**

Hasta la reforma de 2002 no ha existido un control eficaz sobre los servicios de inteligencia en España. Por parte del ejecutivo –aparte la posibilidad de destituir al Director-, porque los sucesivos gobiernos de la España democrática han preferido permanecer de espaldas - como no se ve, no se sabe, como no se sabe, no se es culpable y, si no hay culpa, no hay responsabilidad-. El argumento en sí mismo es pueril: tan culpable se es por acción como por omisión, y si el gobierno no controla a sus servicios de información es culpable *in vigilando* y culpable *in eligendo*, porque es el gobierno quien designa a su director y máximo responsable. Respecto del control judicial, según el CGPJ, “el Anteproyecto que se informa llena un importante vacío legislativo respecto de la actuación de los servicios secretos, por cuanto en la actualidad no existe disposición legal alguna que contemple específicamente el régimen de autorizaciones judiciales con relación a los servicios de inteligencia. De esta forma, en estos momentos, la actuación de los citados servicios, si incidiera en el ejercicio de los derechos fundamentales, no sólo se encontraría al margen de la

legalidad, sino que podría dar lugar a responsabilidad penal<sup>5</sup>. El informe destaca también otro asunto de particular relevancia como es la atribución al Poder Judicial del control de la actividad de los servicios secretos, evitando así la existencia de zonas inmunes en la actuación de los poderes públicos<sup>6</sup>. Por lo que respecta al poder legislativo, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, introduce el control parlamentario por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico.

- 3. Tendencia a la apertura dentro de unos límites y al respeto de los derechos personales, en el marco de procedimientos judiciales reservados.** A la vista de las propuestas doctrinales y de la evolución legislativa actual, cabe confirmar que si no todo lo que atañe al CNI es secreto, si la seguridad nacional no puede prevalecer siempre, si disponemos ya de un marco normativo homologable al que puedan disponer otras instituciones del estado, ni el poder legislativo ni el judicial pueden tratar las cuestiones que atañen a los servicios de inteligencia sino desde la más estricta "normalidad". Es un ámbito más regulado por el derecho positivo español dentro del marco del estado de derecho y de la Constitución y como tal tiene que ser enfocado. No cabe alegar excepcionalidad alguna en función del sujeto porque lo característico del estado liberal, del estado de derecho, es que es ciego. Una cosa es que haya un magistrado del Supremo específico para el CNI y otra que ese

---

<sup>5</sup> Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, pág. 11, que cita, como ejemplo de responsabilidad penal la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 1999 y la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001, ambas concernientes al escándalo de las "escuchas del CESID".

<sup>6</sup> Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, pág. 12.



magistrado aplique reglas jurídicas diferentes a cuando se ponderan otros derechos cualesquiera.

## Capítulo I:

# El sujeto organizado: El Centro Nacional de Inteligencia (CNI)

## 1. La necesidad de los servicios de inteligencia en el siglo XXI

“Los organismos de inteligencia modernos tienen sus raíces inmediatas en la Segunda Guerra Mundial”<sup>7</sup> pero fue después, a lo largo de la “Guerra Fría”, cuando los servicios de información occidentales adquirieron un papel preponderante con pocos/nulos controles por parte del estado<sup>8</sup>. Razones de estado, las mismas a las que Gracián llamaba “razones de establo”<sup>9</sup>, justificaban la elephantiasis del secreto y la proliferación de acciones encubiertas<sup>10</sup>. El enemigo comunista quería conquistar el mundo<sup>11</sup> e imponer la

---

<sup>7</sup> Informe solicitado por el Parlamento de Chile al Investigador de la Unidad de Estudios y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Connelly, Thomas John; “Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia en la lucha contra la delincuencia, la violencia política y el terrorismo”; Santiago de Chile, 1991, pág. 1.

<sup>8</sup> La legislación nacional “frente al hecho de que la guerra era conducida por el poder ejecutivo y en la clandestinidad, sólo reaccionaba ante abusos notorios, cuando no le entregaba amplias atribuciones que sobrepasaban las capacidades de contrapeso y control de los poderes legislativo y judicial”. *Ibidem*, pág. 1.

<sup>9</sup> “Es un falso político llamado el Maquiavelo que quiere dar a beber sus falsos aforismos a los ignorantes... razones, no de Estado, sino de establo... arroja un fuego infernal que abrasa las costumbres y quema las repúblicas.” Gracián, Baltasar; *El Criticón*; Madrid, 1996, pág. 165.

<sup>10</sup> Según la *Intelligence Authorization Act* de 1991 –EE.UU.- son acciones encubiertas: “las acciones del Gobierno de Estados Unidos dirigidas a manipular las condiciones políticas, económicas, o militares fuera de Estados Unidos, siempre que hayan sido planificadas de tal manera que la intervención del Gobierno de Estados Unidos no se manifieste ni se reconozca públicamente”. *Ad abundantiam*, Revenga Sánchez, Miguel; “El control de las acciones encubiertas en Estados Unidos”; *Claves de Razón Práctica*, nº 64, págs. 24 a 27.

<sup>11</sup> Ya en 1917 Lenin soñaba con una sociedad que se hubiese convertido en “una sola oficina y una sola fábrica con igualdad en el trabajo y la remuneración”. Como dijo Hölderlin, “lo que ha hecho siempre del Estado un infierno sobre la tierra es precisamente que el hombre ha intentado hacer de él su paraíso”. Hayek, Friedrich; *Camino de servidumbre*; Madrid, 2002, pág 53.

dictadura del proletariado y, en llamativa paradoja, todo estaba permitido para salvar la democracia y el estado de derecho<sup>12</sup>.

Es la época dorada de los servicios de información<sup>13</sup> asentada sobre lo que los historiadores han dado en llamar la "presidencia imperial", expresión acuñada por Arthur Schlesinger<sup>14</sup>, que no es sino la prevalencia del presidente de los EE.UU. sobre el Congreso en materias de defensa y política exterior, prevalencia que duraría *de iure* hasta la ley de 1973 (*War Powers Resolution*) y *de facto* hasta el final del segundo mandato del presidente William Clinton<sup>15</sup>. Para la comunidad de inteligencia norteamericana el final de la irresponsabilidad puede situarse en 1976 cuando el presidente Ford prohíbe taxativamente el recurso al asesinato<sup>16</sup>.

Concluido ya el periodo de guerra fría entre las dos superpotencias<sup>17</sup>, en el umbral de lo que algunos intelectuales norteamericanos han dado en llamar

---

<sup>12</sup> Obsérvese la paradoja, se transgrede el estado de derecho para salvar el estado de derecho del comunismo, así pues, se muere para seguir vivo. "Cuando en aras de una pretendida defensa de la seguridad del Estado, se imponen medidas restrictivas que afectan, más allá de lo razonable y de lo constitucionalmente admisible, a derechos fundamentales... se está socavando precisamente uno de los pilares fundamentales de ese Estado que se pretende defender". Lozano, Blanca; *La desclasificación de los secretos de Estado*; Madrid, 1998, pág. 169.

<sup>13</sup> Que actúan como "equilibradores" del poder; "la paz mundial era la que habían conseguido los agentes secretos que se situaban casi por encima de los propios políticos; la historia la hacían los espías, que se erigían de alguna manera en la proyección real del Estado". Pérez Villalobos, María Concepción; *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*; Granada, 2002, págs. 11 y 12.

<sup>14</sup> Schlesinger, Arthur; *The Imperial Presidency*; Boston, 1989, *passim*.

<sup>15</sup> Beschloss, Michael; "El fin de la Presidencia Imperial"; "El Mundo", 19 de diciembre de 2000.

<sup>16</sup> Revenga, Miguel; "El control de las acciones encubiertas...", *op. cit.*, pág. 25. No obstante, conviene reseñar que una década después la CIA eliminaba en Madrid a un comando que había asesinado a uno de sus agentes. Los miembros de la CIA que intervinieron en aquel ajuste de cuentas fueron detenidos por las autoridades españolas, extraditados a Estados Unidos, previo *ultimátum* del gobierno norteamericano, y puestos en libertad al llegar a su país. De todo esto nada supo la sociedad española, el asunto fue convenientemente disfrazado de delincuencia común. No era, en cualquier caso, el primer incidente serio de los servicios de inteligencia españoles con la CIA (que hasta unos años antes pagaba la nómina de los espías españoles). En su intervención en los Cursos de Verano de la Universidad de Cantabria celebrados en Castro Urdiales en julio de 2005 ("Servicios secretos y secretos de Estado") explicaba Juan Alberto Perote cómo el General Manglano expulsó a toda la delegación de la CIA después de que aquella intentase acceder a las relaciones privadas del entonces Vicepresidente del Gobierno Alfonso Guerra.

<sup>17</sup> "A partir de 1989 se produce una nueva orientación en las políticas de seguridad de los países de occidente y empiezan a tomar relevancia funciones de los servicios de inteligencia que antes no eran las preponderantes: los aspectos económicos, la prevención de conflictos bélicos como el de los Balcanes, la proliferación nuclear, el narcotráfico o el terrorismo". Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 12.

“el final de la historia”<sup>18</sup> y el triunfo de la “*pax americana*”, se plantea en las sociedades avanzadas la necesidad de los servicios de información<sup>19</sup>; si deben continuar como hasta ahora o si es necesario introducir cambios en el marco del proceso de globalización<sup>20</sup> y de integración de la Unión Europea<sup>21</sup>, si hay

<sup>18</sup> Fukuyama, Francis; “¿El final de la historia?”; “Claves de Razón Práctica”, nº 1. Su refutación puede verse en Jiménez Losantos, Federico; La dictadura silenciosa; Madrid, 1993, págs 50 a 61. En apoyo de la tesis de Fukuyama, *cfr.* Revel, Jean-François; La obsesión antiamericana, Barcelona, 2003, pág. 29. Fukuyama vuelve a insistir en su teoría tras el 11-S, Fukuyama, Francis; “El fin de la Historia sigue vigente”, “La Razón”, 12 de octubre de 2001: “Permanecemos en el final de la Historia porque hay un solo sistema que continuará dominando el mundo político: el liberal-democrático occidental... el conflicto que nos espera... consiste en acciones desde la retaguardia cometidas por sociedades para las cuales su tradicional existencia está amenazada por la modernización”.

<sup>19</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio y Marquina, Antonio; Los servicios de información en un estado democrático; Madrid, 1996, págs. 1 y 2.

<sup>20</sup> “La globalización afecta no sólo a los países europeos, sino que también supone un reto para el proceso de unidad europea. Muchas amenazas de nuevo cuño requieren la colaboración de todos los Estados. Así lo expresó el ex ministro socialista de Asuntos Exteriores Carlos Westendorp hace un año en un seminario celebrado en El Escorial bajo el lema “Seguridad y Democracia. El futuro de los servicios de inteligencia”. El diplomático dijo: ‘Si la UE quiere construir su propia identidad de defensa y llega a ser autónoma de los Estados Unidos, precisa que su política de seguridad esté respaldada por una capacidad de inteligencia común’. Dentro del proceso de mundialización de la economía, los servicios secretos se han volcado en estos últimos tiempos en prevenir los efectos negativos en la seguridad de los países. Las telecomunicaciones son objetivo prioritario para la vigilancia en un doble aspecto: la previsión de ataques contra las redes de comunicación, que son muy vulnerables porque se apoyan en sistemas informáticos complejos que trabajan en red. El segundo aspecto, según señaló en el citado seminario Wolfgang Hetzer, a la sazón miembro de la Comisión de Coordinación de los Servicios de Inteligencia de Alemania, ‘la necesidad de observación del tráfico internacional para obtener inteligencia en los ámbitos de terrorismo internacional, narcotráfico, contrabando de armas de guerra y blanqueo de dinero’. Otra tarea de especial preocupación que deberá abordar el nuevo responsable es la utilización de armas químicas y biológicas por el terrorismo”. “El CESID en la era de la globalización” artículo de Santiago Pérez Díaz publicado en “El País” el 1 de julio de 2001.

<sup>21</sup> “Solana dispone desde hace poco de un servicio de inteligencia propio, Situation Center (Sitcen), con unos resultados en las tareas de reconocimiento en el extranjero... que hace tres años hubiesen sido inimaginables... el trabajo preparatorio iniciado por cuatro servicios secretos nacionales ha desembocado en la cooperación entre siete agencias de información. Los servicios secretos de Alemania, Francia, Gran Bretaña, España, Italia, Holanda y Suecia intercambian información hasta el nivel de confidencialidad “documento secreto-confidencial”. Pero se pretende que este flujo de información alcance niveles de secreto aún más estrictos una vez firmados los acuerdos necesarios de protección de confidencialidad en toda la Unión Europea. Estados Unidos presionó para que dirigiera el Sitcen un especialista en servicios de información británico. El alemán que ocupaba el cargo se vio obligado a abandonar su puesto. Desde entonces la calidad de la difusión de información ha aumentado de manera ostensible”. De otro lado, “el Estado Mayor reunido en torno a Solana,... también cuenta con un departamento de inteligencia propio en el que trabajan 30 especialistas procedentes de todos los servicios secretos militares de los países de la UE”. Thies, Jochen; “El renacimiento de los servicios secretos”; “Política Exterior”, nº 101, pág. 56. En cuanto a la policía europea, Europol, nació en La Haya, “pero se le adjudicó una dotación insuficiente... su cometido estaba muy por encima de sus posibilidades. Sus miembros, unos 500 agentes de policía, no estaban autorizados ni a interrogar, ni a registrar ni a arrestar. No podían recurrir a confidentes ni interceptar teléfonos. En el entorno de los servicios secretos holandeses se comentaba que los análisis de la Europol eran tan sugerentes como la información de una oficina de registro de automóviles”. Thies, Jochen; *op. cit.*, pág. 52. Distinto es el caso de Enfpol. Se trata de un organismo de la Unión Europea para la vigilancia y escucha masiva de teléfonos, faxes, y comunicación por ordenador. Sus orígenes se remontan a la reunión de ministros comunitarios de diciembre de 1991 (Trevi). En un principio, su existencia se mantiene en riguroso secreto, y esto es así hasta que el grupo antiescuchas británico, Statewatch, hace públicos algunos documentos de Enfpol que databan del año 1995. Con posterioridad, el *webzine* alemán Telepolis.de vuelve a alertar sobre su existencia y, finalmente, sale a la luz con la aprobación de la Comisión Europea y el pronunciamiento en contra del Comité Pro Derechos Humanos del Parlamento Europeo. Cuando, según todos los medios de comunicación, iba a ser rechazado por el Parlamento Europeo, es aprobado en mayo de 1999.

competencias que deben abandonar o si son los propios servicios de información los que han de ser abandonados por los estados democráticos de derecho<sup>22</sup>, habida cuenta de que en “un Estado constitucional no puede haber ningún sector del mismo que escape al principio de legalidad, al sometimiento al Derecho y al respeto escrupuloso a los derechos fundamentales”<sup>23</sup>.

Sobre todos estos interrogantes hay que hacer notar dos detalles que no deben pasar desapercibidos: de un lado, la ausencia del debate en la doctrina de la ciencia política, tal como muestra Rafael Fraguas<sup>24</sup> y, de otro, la inmediatez de los juicios. Las noticias y los análisis en los medios de comunicación han de fabricarse al instante, cada minuto que transcurre desde el hecho que origina la noticia resta interés. La información *on line* no contribuye necesariamente a una mejor información de los ciudadanos sino más bien a la falta de reflexión sobre la misma. Los políticos se afanan por ser los primeros en presentar su versión de los hechos a la sociedad –sean campañas electorales o no- sabiendo que la primera impresión es decisiva. Pero esa falta de distanciamiento, esa lucha contra el tiempo implica que tales

---

<sup>22</sup> Ya desde antiguo se ha dudado de la bondad del espionaje para los individuos y para el estado. Así Carlos de Secondat, Barón de Montesquieu, escribía que: “El espionaje sería quizá tolerable si lo pudieran ejercer hombres honrados, pero la infamia necesaria de la persona puede dar idea de la infamia de la cosa”. Montesquieu; El espíritu de las leyes; Madrid, 1987, pág. 141. “De esta suerte, la publicidad, la información, se impone al propio monarca y deja de ser un instrumento de poder en sus manos para convertirse ella misma en poder. El hecho de que la información, la publicidad, no solo sea un “instrumento” del poder, como fue considerado en la Antigüedad, sino que aparezca configurada ella misma como “el poder”, explica porqué la ampliación del ámbito del poder, de la soberanía, que lleva a cabo el Constitucionalismo, se tradujo en una, consecuente, ampliación del ámbito de la información, de la publicidad.” Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, págs. 22 y 23.

<sup>23</sup> Pérez Villalobos, María Concepción; *op. cit.*, pág. 11.

<sup>24</sup> “Salvo pequeñas incursiones de Harold Lasswell primero y de Norberto Bobbio después, sin consecuencias científicas, el vasto mundo de las organizaciones secretas estatales de información y de acción permanece inabordable por la Ciencia Política”. La afirmación es de Fraguas, Rafael; “Servicios secretos y Razón de Estado”; “Claves de Razón Práctica”, nº 14, pág. 64. En el caso español hay que destacar los trabajos del catedrático Rafael del Aguila; Las estrategias políticas en Maquiavelo; Madrid, 1998, y La senda del mal: Política y razón de estado, Madrid, 2000.

juicios se vean fuertemente condicionados por estados emocionales de la opinión pública deficientemente informada<sup>25</sup> y/o manipulada<sup>26</sup>.

Es destacable, asimismo, el poder de atracción de “lo secreto”. La regla general del estado de derecho es la publicidad y no el secreto, ni siquiera en asuntos de seguridad nacional debiera perderse de vista que el secreto es algo excepcional. Sustraer información a los ciudadanos es algo inusual en una democracia, un supuesto extraordinario que debe estar debidamente justificado. En expresión de Luis María Díez Picazo, “la democracia no puede

<sup>25</sup> Viene a cuento aquí la distinción de los filósofos griegos entre “doxa” (apariencia de conocimiento) y “ousia” (la esencia de las cosas). La multiplicidad de medios (y la instantaneidad de los mismos) en la era posmoderna no quiere decir que el hombre del siglo XXI esté mejor informado que el del XIX, más bien lo contrario. La rapidez en la información, la exclusiva, ser el primero... todo ello va en detrimento del análisis, se asiste hoy a un fluir de información en cascada que no ha sido debidamente procesada, son datos sueltos e inconexos que nunca se transforman en inteligencia, no da tiempo, el tiempo juega en contra de la información –no digamos de la opinión-, y las noticias, como la ropa, pasan de moda. Así las cosas, se ha de concluir que el hombre contemporáneo es “doxa”, apariencia de conocimiento, que toma, erróneamente, por conocimiento verdadero de las cosas, *id est*, confunde cantidad de información con calidad de información, confunde rapidez con bondad, confunde mucho con plural. Esta “apariencia de información” es mucho más perjudicial que la ausencia de ella. Quien no conoce trata de saber pero quien cree conocer no va más allá, y no acepta magisterio alguno. Los fragmentos de información se almacenan en el cuarto del olvido porque no hay estructura cartesiana que los sustente sobre los cimientos de la razón. Este hombre informativamente plano –unidimensional, que diría Herbert Marcuse- y definitivamente posmoderno –que rehuye la razón y contempla el pasado como espectáculo, sin hilazón con el presente-, *qui prodest?* “Para la sociedad de la información, la información es cualquier cosa que esté en la red. De esta forma, si uno produce mucho ruido y lo pone en la red, para algunos eso es información... en mi opinión, la información es la transmisión de un contenido con noticias... Mi queja se centra en que, cada vez más, el medio que transmite las noticias es la televisión, y menos los periódicos. Crecientemente, sacamos de la televisión lo que llamo subinformación y desinformación... Subinformación significa información insuficiente; y desinformación, información distorsionada... Estamos en un círculo vicioso. Tenemos una sociedad de la información que nos inunda con información absolutamente trivial e insuficiente, que no despierta interés porque no se entiende... Ahora quisiera diferenciar claramente información y conocimiento... La información es la acumulación de conceptos. El conocimiento, en su sentido adecuado, es el control cognitivo de las cosas... estamos dando más poder a ciudadanos menos informados, menos competentes y, en realidad, menos ciudadanos. Los llamo “hipnociudadanos” o “subciudadanos”. Estamos creando un subciudadano, incluso peor de lo que era en el pasado... un ciudadano totalmente desinformado, no interesado e increíblemente ignorante”. Sartori, Giovanni; “Democracia y sociedad de la información”, “Claves de Razón Práctica”, nº 97, págs. 6 a 8.

<sup>26</sup> Recuérdense los días posteriores al 11-M. “La última paradoja, y no la menor, de esta triste crónica, resumida aquí sin pasión pero con rigor, reside en el comunicado de Bin Laden, apenas unas semanas después del atentado, en el que anuncia que ha ordenado a sus secuaces, especialmente al cerebro del 11-M, Amer Azizi, atacar España mucho antes de la decisión de Aznar de acompañar a Bush y Blair en su aventura. En otoño de 2002... los acontecimientos del 11-M no tienen nada que ver con la guerra de Irak. Se deben a que España representa un estado occidental decadente, anteriormente controlado por el Islam, que ha estado en el blanco de los islamistas. Sólo esa es la causa. Odio, mentiras, manipuladores. Y por desgracia 191 víctimas. Una historia verdaderamente triste”. Cfr. Chalvidant, Jean; 11-M: La manipulación; Madrid, 2004, págs. 179 y 180.

sobrevivir sin opinión pública; y opinión pública es tanto opinión del público como opinión sobre asuntos públicos”<sup>27</sup>.

Pues bien, la respuesta a las dudas anteriormente planteadas es que la creencia mayoritaria se inclina hacia la continuidad de los servicios<sup>28</sup> si bien dando prioridad a nuevos asuntos, el terrorismo fundamentalista islámico<sup>29</sup> – tras los atentados de Nueva York, Madrid y Londres- en el marco del posmodernismo occidental<sup>30</sup>, la industria, el comercio<sup>31</sup>, las nuevas tecnologías... dejando de lado el control sistemático de los miembros más relevantes de la sociedad, control propio de las dictaduras y del “estado ocupado”, pero absolutamente inadecuado y contrario a las directrices básicas

<sup>27</sup> Díez Picazo, Luis María; *Sobre secretos oficiales*; Madrid, 1998, pág. 82.

<sup>28</sup> “En la actualidad, el papel de la Inteligencia ha resurgido asumiendo nuevos horizontes. El grado de incertidumbre social y política en los que ha quedado sumida una parte del Globo, obliga a los gobiernos occidentales a estar permanentemente informados de lo que ocurre, pues los cambios se suceden y los conflictos regionales se multiplican”... Va a ser necesaria “una especial dedicación a la recogida de información de las zonas en crisis, indispensable para la planificación de misiones de paz, bien en su vertiente de ayuda humanitaria, bien en la de intervención militar conjunta”... “El tráfico de drogas o armas, la delincuencia organizada y el elemento terrorista... han situado a los órganos de contrainteligencia al lado de las fuerzas policiales... Parece pues que no vamos a asistir a una desaparición, ni siquiera gradual, de estos servicios, antes al contrario. Con un cambio de dirección y adaptación de sus objetivos, serán capaces de asumir nuevas misiones. Los servicios deberán compilar información durante las épocas de paz, no para preparar la guerra, sino con vistas a evitarla”. Montero-Gómez, Andrés; “Valor de inteligencia.”, dentro del documento “Los servicios de inteligencia” pág. 36, entregado a los participantes en el segundo seminario de “Estudios sobre el Ejército”, Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.

<sup>29</sup> “Siguiendo la argumentación de Pere Vilanova, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad de Barcelona, es importante distinguir claramente entre integristismo y fundamentalismo islámico”. El primero sería un tradicionalismo integral que no cuestiona el orden político mundial, genera una sociedad castradora y se dirige hacia dentro de la propia nación (Arabia Saudí), no quiere imponer nada a nadie solamente que les dejen vivir a la manera en que ellos han vivido durante generaciones, sin cambios. El segundo tiene carácter revolucionario, internacionalista, desestabilizador y violento. Viñals, Francisco y Puente, M<sup>a</sup> Luz; *Análisis de escritos y documentos en los servicios secretos*; Barcelona, 2003, pág. 24.

<sup>30</sup> Posmodernismo es una expresión con la que diversos autores (Ventura, Augé, Marina, etc) designan no sólo un periodo cronológico sino también una categoría espiritual de occidente marcada por la falta de verdades absolutas, el abandono de la razón y el desprestigio de la idea de progreso. Las construcciones de la razón humana “estuvieron ahí desde siempre”, así que “se cuidan solas” y se puede atacar el “sistema” sin medida “porque lo aganta todo”. Si la modernidad es la conciliación armónica de pasado y presente el posmodernismo vacía de contenido el pasado y lo convierte en un mero espectáculo. *Idem*; págs. 26 y 27.

<sup>31</sup> Hasta fechas muy recientes el servicio de inteligencia español permanecía colonizado por el alemán. Ambos servicios compartían instalaciones de inteligencia electrónica en España. Los españoles desechaban toda la información relativa a industria, comercio y actividad empresarial, los alemanes no. La confirmación la obtiene el doctorando en conversación con Juan Alberto Perote.

del estado de derecho<sup>32</sup> y al camino que la humanidad ha recorrido en las últimas décadas<sup>33</sup>.

No faltan posiciones favorables a la total supresión de las acciones encubiertas o actividades de “magia negra”<sup>34</sup>. Los servicios serían únicamente agencias de análisis de información obtenida por medios limpios tradicionales – medios de comunicación, embajadas, hombres de negocios...-. Desde un punto de vista estrictamente económico se ha cuestionado también la utilidad de la información obtenida, si el alto coste del ciclo de inteligencia<sup>35</sup> está justificado en función de su contribución al proceso de toma de decisiones. En el caso de España tal asunto no es cuestionable. El Centro Nacional de Inteligencia (en los sucesivos CNI) es uno de los servicios con mejor *ratio* calidad/precio.<sup>36</sup> Este es uno de los motivos fundamentales por el que gran cantidad de países acuden a España para que forme a sus agentes de inteligencia<sup>37</sup>.

En un análisis mas detallado es posible evaluar la necesidad de cada una de las funciones básicas de los servicios de información por separado<sup>38</sup>:

---

<sup>32</sup> Recuérdese la “Operación Jano”, el dios bifronte, operación diseñada en el SECED de San Martín para controlar las actividades privadas de las personalidades mas relevantes del país. De la intervención del SECED en asuntos políticos da buena cuenta el libro de su director San Martín, José Ignacio; Servicios Secretos; Barcelona, 1983, sobre todo en los capítulos II y III.

<sup>33</sup> Benito Mussolini opinaba que conforme la civilización se hiciese más compleja más tendría que restringirse la libertad del individuo.

<sup>34</sup> Espionaje sin cobertura diplomática. Según le han asegurado al autor de la tesis distintos especialistas consultados el porcentaje de información que tales actividades reportan a los servicios del primer mundo de inteligencia no alcanzan en ningún caso el 10% del total.

<sup>35</sup> Se trata de la “secuencia mediante la cual se obtiene información, se transforma en inteligencia mediante el análisis, y se pone a disposición de los usuarios”. CESID Manual de Inteligencia, 1ª Parte, Madrid, 1.985, pág. 16.

<sup>36</sup> El servicio exterior británico –MI6- tiene fama de obtener un producto excelente pero el dinero que destina para ello es muy superior al que maneja el CNI.

<sup>37</sup> Desde Centroamérica a Oriente Medio. El salto de calidad de los servicios de inteligencia españoles se produjo en la época de Manglano al frente del CESID. De un lado, el gobierno socialista incrementó fuertemente la dotación presupuestaria; de otro lado, la disminución por la preocupación interior (involución y terrorismo) permitió destinar más recursos a la inteligencia exterior. El autor de la tesis pudo constatar tales hechos en conversaciones con Juan Alberto Perote, jefe de la Agrupación Operativa en el CESID a las órdenes del General Manglano.

<sup>38</sup> Según la disección del Consortium for the Study of Intelligence norteamericano recogida por Godson, Roy; Intelligence Requeriments for the 1990's; Washington, 1989, a la que se refieren Sáinz de la Peña, José Antonio y Marquina, Antonio; *op. cit*; pág. 21.



- a) **Recogida de información**<sup>39</sup>: Su necesidad es perentoria en la España actual. Tanto por motivos internos –la lucha contraterrorista- como por necesidades de política exterior, principalmente en América Latina y Oriente Medio, donde las Fuerzas Armadas españolas han intervenido sucesivamente en diferentes misiones humanitarias. Es de reseñar la cada vez más estrecha ligazón entre la recogida de información y los intereses de empresas privadas españolas en el extranjero.
- b) **Análisis**<sup>40</sup>: Los analistas españoles<sup>41</sup> gozan de un merecido prestigio internacional. Ellos han previsto con antelación considerable movimientos políticos en la Europa del Este o el Africa francófona a partir de información recogida por servicios amigos, o bien, partiendo simplemente de la información recogida por los medios de comunicación de la zona. Su contribución al proceso de toma de decisiones del gobierno justifica su trabajo y continuidad.
- c) **Contrainteligencia**<sup>42</sup>: En esta actividad puede observarse un desplazamiento cada vez mas acusado hacia la protección del comercio y la tecnología de vanguardia. Históricamente ha sido el área que mejor ha

---

<sup>39</sup> También llamada compilación, que puede ser: Compilación de fuerza: Reunión de datos logrados tras violar un domicilio. Compilación oficial: Informaciones de procedencia oficial. Compilación técnica: Realizada por medios técnicos.

<sup>40</sup> La información es sometida a diversas pruebas por el servicio para excluir, en lo posible, desinformaciones e intoxicaciones. Apreciación: Es la investigación del informe, de las fuentes, de las motivaciones, de los agentes. Posteriormente se cruza con otros datos y otros informes hasta llegar a un resultado de verosimilitud, probabilidad, dudas o rechazo. Descalificación: Caso de rechazo comienzan las dudas. Si el agente ha sido intoxicado, doblado, o se ha equivocado. O si por increíble que parezca es cierto, y los datos/informes anteriores no. Exactitud: La exactitud se determina por contraste con otros informes y por el paso del tiempo. Inteligencia en acción: Consiste en precisar la exactitud de un informe mediante la intuición y la deducción. Motivaciones: Razones que justifican un comportamiento incoherente. Cfr. Montero-Gómez, Andrés; "Prejuicio versus inteligencia"; dentro del documento "Los servicios de inteligencia" págs. 44 a 47, entregado a los participantes en el segundo seminario de "Estudios sobre el Ejército", Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.

<sup>41</sup> Es por su calidad y competencia que algunos de ellos han estado siempre muy próximos a los sucesivos presidentes o vicepresidentes del gobierno de la España democrática, incluso después de haber abandonado el servicio activo.

<sup>42</sup> "Conjunto de actividades encaminadas a anular la eficacia de la agresión indirecta clandestina realizada por agentes al servicio de potencias extranjeras". CESID Manual de inteligencia 1ª Parte, Madrid, 1985, pág. 15.

funcionado en los diferentes servicios de información españoles. *Hodiernedie*, en el caso español, tiene un papel destacado en la lucha contra ETA y, después del 11-M, ha empezado a asumirlo en relación con los grupos fundamentalistas islámicos.

d) **Operaciones encubiertas**<sup>43</sup>: También conocidas como "actividades especiales". Constituyen el nudo gordiano de la problemática en torno a los servicios de información y su adecuación a la legalidad vigente. La línea más pragmática concluye afirmando su necesidad únicamente cuando no haya ninguna otra forma de actuación posible y siempre de manera controlada por la autoridad correspondiente. Todos los casos que han puesto en cuestión las actividades del antiguo CESID han tenido su origen en el conocimiento público de operaciones encubiertas<sup>44</sup> realizadas por sus agentes<sup>45</sup>.

"La creciente dificultad que encierra la decisión obliga a las autoridades y organismos a disponer de unos órganos capaces de dar una valoración profunda de la situación, con errores que sean nulos o lo más reducidos

<sup>43</sup> "Actividades realizadas en el extranjero en apoyo de objetivos nacionales de política exterior, planeadas y ejecutadas de tal forma que la participación en ellas del gobierno norteamericano no sea manifiesta ni resulte de conocimiento público, así como las acciones necesarias para llevar a cabo dichas actividades, siempre y cuando su finalidad no sea manipular el proceso político de Estados Unidos, la opinión pública, las decisiones políticas o los medios de comunicación, exceptuando de su ámbito las actividades diplomáticas, la recolecta y análisis de datos de inteligencia y las acciones necesarias para el cumplimiento de estos últimos fines". Así se definen las operaciones encubiertas en la Orden Ejecutiva 12.333 firmada por el Presidente Reagan en 1981. Cita y traducción de Revenga, Miguel; "El control de las acciones encubiertas en Estados Unidos"; "Claves de Razón Práctica", nº 64, pág. 25.

<sup>44</sup> Que, como ya se apuntó, contribuyen en una muy pequeña parte al total de la información. Además, lo relevante no es la información, sino su transformación en inteligencia porque es esta la utilizada en última instancia por el poder político como ayuda en el proceso de la toma de decisiones. Pérez Villalobos, María Concepción; *op cit.*, págs. 13 y 14.

<sup>45</sup> Agente: "Persona especialmente adiestrada para realizar actividades secretas, legales o no, en beneficio y bajo la dirección de un Servicio de Inteligencia al que puede pertenecer o no. Normalmente recibe contraprestación económica". 1. Agente congelado: Miembro de un servicio no utilizado temporalmente. 2. Agente doble: Captado o forzado a trabajar por/para el enemigo. 3. Agente muerto: Aparcado pero no cancelado. Se espera que pueda volver a ser útil. 4. Agente provocador: Induce o provoca actos comprometedores simulando ser miembro del grupo al que excita para dar pie a una acción/reacción posterior. 5. Agente solitario: Opera sin conexiones a la propia red. CESID Manual de inteligencia 1ª Parte, Madrid, 1985, págs. 13 y 14.

posible"<sup>46</sup>. La conclusión es que mientras haya gobiernos que tomen decisiones habrá servicios de información que colaboren en la toma de tales decisiones. Su extensión, regulación y contenido dependerán de la necesidad de información y del ordenamiento jurídico del país considerado en un momento dado<sup>47</sup>.

Decía Ortega que la política es el pensamiento de lo útil, y dentro de ella pocas cosas resultan más útiles al gobernante que unos buenos servicios de inteligencia. "Mientras tomemos lo útil como útil nada hay que objetar"<sup>48</sup>, pero, parafraseando a Ortega, convertir lo útil en el centro de la galaxia jurídica es iluminar un universo de mentiras. Gire el planeta de la seguridad nacional en torno al sol del estado de derecho porque su contrario sólo daría lugar a infinidad de ciudadanos mareados. Bien por lo útil, bien por los servicios secretos y los secretos de estado,<sup>49</sup> si saben guardar sala y ocupar su sitio.

## **2. El Centro Nacional de Inteligencia (CNI)**

La Constitución española de 1978, a diferencia de otras constituciones europeas, no contiene ninguna referencia a los servicios de inteligencia<sup>50</sup>. Nótese que la gestación de la Constitución y del CESID coincide en el tiempo, pareciera pues buen momento para anclar, constitucionalmente, la legalidad de

---

<sup>46</sup> CESID Manual..., *op. cit.*, pág. 89.

<sup>47</sup> En el caso español hay necesidades que han desaparecido (involución), que se han mantenido (ETA) y que se han incorporado (fundamentalismo islámico).

<sup>48</sup> Ortega y Gasset, José; *El espectador*, Madrid, 1998, pág. 46.

<sup>49</sup> Contra la tentación expansiva de la inteligencia y el secreto hay que decir que el «temor del príncipe», que es el origen del secreto de estado, puede convertirse en un «temor al príncipe», "cuando el instrumento creado, por su naturaleza, escapa a los medios ordinarios de acceso por parte de los ciudadanos a los instrumentos del poder". Álvarez Conde, Enrique, "El temor del príncipe o el temor al príncipe (secretos de estado y constitución)", "Revista del Poder Judicial", n° 45, edición electrónica.

<sup>50</sup> Sí se citan los servicios de inteligencia expresamente en la Constitución de Austria (artículo 52.a) y en la Ley Fundamental de Bonn (artículos 73 y 87). Sobre este asunto puede verse, Ruiz Miguel, Carlos; *Servicios de Inteligencia y Seguridad del Estado Constitucional*; Madrid, 2002, pág. 174, que defiende la cita expresa de tales servicios en contra de lo sostenido por Revenga Sánchez, Miguel; "Servicios de Inteligencia y derecho a la intimidad"; "Revista Española de Derecho Constitucional", n° 61, págs. 59 y ss.

los servicios evitando dejarlos al páreo de los vientos de la política. No fue así, pese a que ya había habido problemas en otros países por este motivo y pese a la recomendación expresa del servicio norteamericano<sup>51</sup>.

La respuesta fue un rotundo no, se entendió entonces que se trataba de una pretensión excesiva: “El CESID fue escuchado, pero se le adujo lo excesivo de la pretensión nada menos que en el texto constitucional y se alegó que eso habría de ser abordado en una ley específica y otras normas reglamentarias”<sup>52</sup>.

Las constituciones occidentales se dividen en dos grandes apartados: en uno se reconocen a los ciudadanos sus derechos fundamentales y en el otro se regulan las instituciones (poderes) básicos del Estado. Lo que se dijo entonces es que los servicios de inteligencia no son una institución básica del Estado, luego no era necesaria su inclusión en la Constitución. Sin embargo, la actividad diaria de los servicios de inteligencia puede afectar decisiva y masivamente –escuchas- a derechos fundamentales de los ciudadanos, *ergo* merecían una regulación constitucional. Su importancia es vicaria, no son relevantes constitucionalmente *per se*, sino como consecuencia de su actividad.

De la relación del servicio de inteligencia con diferentes artículos de la Constitución se escribirá más adelante. En esta primera toma de contacto baste dejar sentado aquí que hasta las dos recientes leyes de fecha 6 de mayo de 2002 –más la modificación que la ley 62/2003 hace del artículo 72 de la Ley

---

<sup>51</sup> La CIA recomendó la inclusión de alguna referencia expresa en la Constitución con el objetivo de facilitar el anclaje y la cobertura legal de los servicios de inteligencia españoles vistos los problemas que, en ese sentido, habían experimentado otros servicios. Tal recomendación y la negativa posterior del gobierno español son conocidas por el autor de la tesis en conversación con José Luis Cortina.

<sup>52</sup> Joaquín Bardavío, Pilar Cernuda y Fernando Jáuregui; Servicios Secretos; Barcelona, 2000, pág. 212.

11/2002-<sup>53</sup> casi toda<sup>54</sup> la regulación concerniente a los servicios de inteligencia tuvo carácter reglamentario. “La explicación se debe en una medida importante a que, las materias en las que se fundamenta la creación de un servicio de inteligencia han estado tradicionalmente reservadas al ejecutivo”<sup>55</sup>.

Se puede decir claramente que “hasta el año 2001, la regulación de nuestros servicios de inteligencia era fragmentaria<sup>56</sup> y, en parte, pre-constitucional”<sup>57</sup>.

## **2.1. De facto**

Siquiera mínimamente -ésta es una tesis jurídica- se mencionan aquí algunos aspectos básicos que, de hecho, deben ser tenidos en cuenta antes de afrontar la legislación aplicable a los servicios de inteligencia españoles, de la misma forma que en una sentencia hay una relación de hechos que preceden y condicionan el resultado jurídico de la misma.

Es por ello que se abordan a continuación las siguientes cuestiones: la fragmentación de los servicios de inteligencia en los países occidentales –

---

<sup>53</sup> Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI. La Ley de Acompañamiento 62/2003 de 30 de diciembre, en su artículo 72, añade dos nuevos apartados, el 5 y el 6, al artículo 8 de la Ley 11/2002. Ambos apartados hacen referencia a autorizaciones presupuestarias en concepto de anticipos de caja fija para “poder atender los gastos periódicos o repetitivos de material no inventariable, mantenimiento y conservación, tracto sucesivo, indemnizaciones por razón del servicio y otros de similares características” (art. 8.5) y para “las adquisiciones de material y servicios complementarios en el exterior”.

<sup>54</sup> Se equivoca la Exposición de Motivos de la ley 11/2002 cuando dice que ninguna de las normas que regulaban el CESID tenía rango legal “sólo el estatuto de su personal (RD 1324/1995) fue diseñado por una norma con rango de Ley formal y desarrollado reglamentariamente”. En tal afirmación olvida el legislador la existencia de la ley 11/95 reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

<sup>55</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, Madrid, 2002, pág. 177.

<sup>56</sup> Al menos trece Reales Decretos y una ley que afectan expresamente al antiguo CESID se suceden entre 1977 y 2001: RD 1558/1977, RD 2723/1977, RR DD 726 y 919/1981, RD 135/1982, RD 135/1984, RD 2632/1985, RD 1/1987, Ley 11/1995, RD 1169/1995, RD 1324/1995, RD 266/1996, RD 839/1996, RD 1883/1996 y RD 741/2001.

<sup>57</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 178.

¿uno o varios?-, la coordinación de la comunidad de inteligencia<sup>58</sup> y la dirección de los servicios.

### **2.1.1. Uno o varios servicios de inteligencia**

En el caso español la llegada de la democracia y del estado de derecho debiera haber marcado un antes y un después (Fue un primer paso pero no fue el paso decisivo que la sociedad española estaba esperando). De no ser así ¿porqué sustituir el SECED<sup>59</sup> por el CESID? ¿Cómo puede pretenderse disponer de unos servicios de inteligencia sin encaje en el ordenamiento jurídico español? Sobre estas cuestiones reflexiona Antonio Marquina: "... la experiencia de otros países de nuestro entorno debería haber encendido ya todas las señales de alarma: La concentración de poder que como una regla fatalista los servicios de información en las democracias han ido acumulando durante la guerra fría, con un incremento exponencial de las actividades secretas a favor como mucho del gobierno o el partido de turno, ha chocado reiteradamente con las exigencias del propio sistema democrático"<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> "Comunidad de inteligencia" es una expresión que aparece por primera vez en la legislación española en el artículo 6.1 de la Ley 11/2002 reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

<sup>59</sup> Sección Central de Documentación. Su origen está en una solicitud, tras el célebre mayo del 68, del Ministro de Educación, Villar Palasí, al Jefe del Alto Estado Mayor, Muñoz Grandes, para que éste disponga un servicio de espionaje ("Oficina de enlace con el señor Ministro de Educación") que controle la actividad estudiantil conflictiva. Esta solicitud se sustancia en la Organización Contrasubversiva Nacional que se vincula a la Presidencia del Gobierno (Por diferentes motivos de oportunidad política y distintos movimientos del coronel San Martín –no todos le reportaron los beneficios que el esperaba- primero dependió de Educación -el ministro pronto desconfió del monstruo que había creado-, luego de Interior-consecuencia de las manifestaciones orquestadas por San Martín en la Plaza de Oriente con cientos de miles de personas apoyando a Franco ante la repercusión internacional del Proceso de Burgos-, dependiendo finalmente de Presidencia –Carrero Blanco-) a través del SECED. De su carácter y organización militar dan buena prueba sus mandos sucesivos: De 1.971 a 1.974 lo dirige el Teniente Coronel Ignacio San Martín; de 1.974 a 1.976 el Teniente Coronel Juan Valverde y en su última etapa, inmediatamente anterior al CESID, el Teniente Coronel Andrés Cassinello, que lo hace de 1.976 a 1.977. Los objetivos del SECED son contener y reducir la subversión y contribuir a una evolución política razonable mediante la creación de movimientos adictos orientando debidamente a la opinión pública. Las misiones encomendadas al SECED fueron contrapropaganda, guerra psicológica, e información sobre movimientos clandestinos. (Y no clandestinos, tan poco clandestinos como la Conferencia Episcopal.)

<sup>60</sup> Marquina, Antonio; Una reestructuración y profesionalización de los servicios de información; "Cuenta y Razón", nº 87.

Es esa concentración de poder la que coloca al servicio bajo sospecha. El estado democrático de derecho se configura como una delicada balanza de poderes contrapuestos. Ningún poder puede estar por encima de los demás ni condicionar su existencia. El control recíproco garantiza la libertad y los derechos de los ciudadanos<sup>61</sup>. Sobre esta base teórica se configuran los servicios de información de los estados democráticos occidentales<sup>62</sup>.

No es verdad, como señalaba en su momento el ministro Eduardo Serra, secundado por el general Calderón, que la pluralidad de servicios –y en particular el servicio exterior- obedezca a un anacronismo usado por los “países que tenían colonias, cosa que España no ha tenido este siglo”.<sup>63</sup> Con semejante argumento cómo justificar el servicio exterior alemán, o el israelí; ninguna de estas naciones son ejemplos de potencias ultramarinas ya avanzado el siglo XX que es cuando se crean sus respectivos servicios exteriores. Incluso el antiguo KGB tras la caída del mundo se ha escindido en dos<sup>64</sup>. El único caso similar al nuestro, “en nuestro entorno geográfico, no en el

---

<sup>61</sup> Los ciudadanos han de ser siempre los beneficiarios de los servicios de inteligencia. “Desde el mismo instante en que cualquier organismo público creado para este fin, no sea conducido bajo la guía de este principio y se deje llevar por intereses políticos o personales, estaremos asistiendo a una deformación del servicio desde su base, haciendo de este un ente comprometedor para la misma nación que lo sustenta. Andrés Montero-Gómez, “Valor de inteligencia”, *op. cit.*, pág. 32, entregado a los participantes en el segundo seminario de “Estudios sobre el Ejército”, Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.

<sup>62</sup> En Estados Unidos, CIA (exterior), FBI (interior), NSA (inteligencia electrónica); en el Reino Unido SS (interior, MI5), SIS (exterior, MI6), y GCHQ (electrónica); en Alemania, BFV (interior), BND (exterior), MAD (militar); incluso en Israel, Mossad (exterior), Shin-Beth (interior) y Amman (militar), etc.

<sup>63</sup> “Diario 16”, martes 5 de diciembre de 2000, pág. 10. Cabe preguntarse por el Sáhara o Guinea, ¿no eran colonias españolas? Sin embargo hay algo de verdad en sus afirmaciones, aunque mal acotadas en el tiempo. Fue hasta la Primera Guerra Mundial cuando las primitivas “organizaciones estatales de información fijaban sus prioridades alrededor de todo lo que suponía aumentar o, cuando menos, preservar los imperios coloniales tan orgullosamente conquistados con el paso de los años”. Andrés Montero-Gómez, “Valor de inteligencia”, *op. cit.*, pág. 35, entregado a los participantes en el segundo seminario de “Estudios sobre el Ejército”, Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.

<sup>64</sup> SVR y FSB. Si bien hay que hacer notar que el Presidente Putin parecía tener intención de desandar lo andado. Daniel Utrilla firma en “El Mundo” de fecha 15 de julio de 2004 un artículo titulado “Putin reorganiza los servicios de seguridad a imagen del antiguo KGB”. La reforma pretende integrar bajo un mismo techo a SVR, FSB y el cuerpo de guardaespaldas del FSO (Servicio Federal de Protección). El nuevo servicio resultante podría obedecer –la reforma estaba pendiente entonces de su aprobación por el Parlamento, finalmente no se llevó a cabo- a las siglas MGB (Ministerio de Seguridad Estatal) que era como se llamaban los servicios soviéticos antes de denominarse KGB.

cultural, de un Estado con un servicio de inteligencia omnipresente es el marroquí con la DGED".<sup>65</sup>

La pluralidad de servicios de información, además de corresponderse mejor con la esencia de un sistema democrático por cuanto permite dividir y contrapesar los poderes, ha demostrado ser más eficaz. Así se ha demostrado en el caso Ames<sup>66</sup>, en las continuas y reiteradas sospechas del MI-5 y la CIA sobre Philby que era defendido por su servicio el MI-6<sup>67</sup>, o en el caso Yehuda Gil<sup>68</sup>.

De lo expuesto se concluyen dos afirmaciones: una, la diversificación de servicios parece mejorar la contrainteligencia y hacen más difícil las infiltraciones, y dos, esa misma variedad de la comunidad de inteligencia hace posible contrastar la información que se somete a consideración del gobierno para ayudarle en el proceso de toma de decisiones.

Contra estas razones<sup>69</sup> se argumenta que cuando en un mismo país existen varios servicios de información las tareas no se duplican sino que se

<sup>65</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio, y Marquina, Antonio; *op. cit.* pág. 35.

<sup>66</sup> Aldrich Hazen Ames, responsable de la división de contraespionaje de la CIA, fue doblado en 1.985 por el KGB. Proporcionó los nombres de diez rusos que trabajaban para la CIA, que fueron ejecutados por los soviéticos, y completa información sobre las operaciones de "la compañía". Cobró millón y medio de dólares durante sus nueve años como agente doble. Y fue la pista del dinero la que permitió su captura por la central del FBI. Sus ingresos y sus compras no eran acordes con su sueldo. Provocó un desconcierto formidable en la CIA y la paralización de las actividades de ésta en la antigua CEI al menos durante un año, según el Teniente General de la KGB, Leonov. Ames declaró haberlo hecho por dinero. Tuvo la ayuda de su esposa, la colombiana María del Rosario Casas, para colocar la información para los rusos en buzones muertos en Estados Unidos, y proporcionándole la coartada perfecta para los contactos personales con sus controladores durante sus viajes a Colombia para ver a su suegra. V. Pastor Petit, Domingo; *Diccionario Enciclopédico del Espionaje*; Madrid, 1996, pág. 28.

<sup>67</sup> Cfr. Wright, Peter, y Greengrass, Paul; *Cazador de espías*, Barcelona, 1987, págs. 200, 201 y 208.

<sup>68</sup> Rueda, Fernando; *Por qué nos da miedo el Cesid*; Madrid, 1999, págs. 101 y ss. El caso Yehuda Gil presenta algunas características que le hacen particularmente interesante. Yehuda Gil, agente del Mossad, suministra información falsa a su gobierno para intentar provocar una guerra con Siria, cosa que estuvo a punto de conseguir en 1996, en beneficio de un partido ultraderechista israelí al que pertenecía. La diversificación de los servicios de información de Israel impidió que su gobierno fuese intoxicado.

<sup>69</sup> Sobre los problemas que plantea la variedad de servicios de inteligencia: "El principal problema generado ha sido la descoordinación y el solapamiento de la actividad de estos diferentes servicios que llegan incluso a competir entre sí. Este solapamiento lleva consigo una multiplicación del gasto económico (pues los servicios de información son sumamente caros y a veces se produce una duplicación innecesaria de esfuerzos) y una reducción de la efectividad del servicio (pues a veces, en la dinámica de competitividad, un servicio oculta deliberadamente información relevante a otro)". Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.* pág. 82.



reparten, y si no hay solapamiento no hay contraste de información. Con ser verdad esta afirmación, no es toda la verdad. Dígase ser más verdad que las tareas no se reparten con tiralíneas, sino que hay áreas difusas donde varios servicios de un solo país intervienen, y además, téngase en cuenta que las informaciones procedentes de campos disímiles pueden estar conectadas entre sí. Por otro lado, no debemos olvidar la esencia de los servicios de inteligencia, ayudar al gobierno en el proceso de toma de decisiones; en el caso español: “El Centro Nacional de Inteligencia es el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones”<sup>70</sup>.

Como argumento en contra de la existencia de varios servicios de inteligencia se ha alegado la dificultad de repartir entre diversos órganos operaciones con ramificaciones dentro y fuera del país, o bien con implicaciones civiles y militares al mismo tiempo. La solución debe ser la misma que se aplica en los países de nuestro entorno. En estos casos todos los servicios implicados conocen del asunto pero la dirección operativa se asume por unos u otros en función del *forus loci*, o bien en *sede materiae*, atrayendo lo más a lo menos. Estas reglas –similares a las reglas del derecho procesal- son determinadas *a priori* o por ley o por protocolo.

Además de todo lo expuesto no hay que perder de vista que el mantenimiento de un solo servicio permite a su director asignar las principales

---

<sup>70</sup> Art. 1 Ley 11/2002.

partidas del presupuesto<sup>71</sup> bien a interior, bien a exterior, siendo él quien, de hecho, realmente determina las necesidades de información del país pudiendo enmendar contablemente lo establecido en la Directiva<sup>72</sup> de Inteligencia<sup>73</sup>. En buena lógica democrática debiera ser el gobierno quien precisase ambas partidas<sup>74</sup> *de motu proprio* –de la misma forma que acota los presupuestos del ministerio del Interior y de Asuntos Exteriores y no lo hace ninguno de sus funcionarios- porque son partidas cruciales para el buen gobierno de España, que entran de lleno en su responsabilidad política<sup>75</sup>, y porque tal responsabilidad corresponde al poder ejecutivo y no a un funcionario del Estado, ni siquiera teniendo la consideración de Secretario de Estado como es el caso en la actualidad<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> El presupuesto del CNI para el año 2005 era de 189,7 millones de euros, un 17,2% más que en el 2004. El dinero destinado a gastos reservados ascendía a 11,2 millones de euros. El presupuesto total del Ministerio de Defensa alcanzaba los 8.186 millones de euros. González, Miguel; "El CNI contratará más de 250 agentes para reforzar la lucha contra el terrorismo"; "El País", 13 de octubre de 2004. Comparativamente, un club de fútbol español, el Real Madrid, disponía de un presupuesto de 300 millones de euros para la temporada 2004-2005.

<sup>72</sup> En la apertura del reciente II Congreso Nacional de Inteligencia, celebrado en Noviembre de 2010, el Secretario de Estado, Director del CNI, Félix Sanz Roldán, anunció una modificación importante en el proceso de creación de la Directiva. Todos los órganos del Estado que precisasen de inteligencia iban a tener la oportunidad de solicitarla, y el Gobierno determinaría si tales necesidades serían recogidas o no en la redacción final de la Directiva.

<sup>73</sup> Jorge Dezcallar, entrevistado por "El País" en su condición –entonces- de Secretario de Estado Director del CNI, reconoce una gran inferioridad en presupuesto y personal, no ya con los norteamericanos, sino, por ejemplo, respecto de los servicios secretos italianos. "El País", 28 de abril de 2002

<sup>74</sup> Extrañamente, no quiere saber nada del dinero pero sí de las personas. Se entiende que el gobierno nombre al Secretario de Estado Director –Alberto Saiz, en sustitución de Jorge Dezcallar-, a la Secretaria General –Esperanza Casteleiro, que sucede a María Dolores Vilanova-, nombramientos publicados en el BOE, pero la sustitución por el gobierno Zapatero del director general responsable de administración y personal junto con la destitución de la mayor parte de jefes de división hace aparecer al CNI como un órgano de gobierno y no como un órgano de Estado. González, Miguel; *op. cit.*; "El País", 13 de octubre de 2004

<sup>75</sup> Según la Constitución española: "El Gobierno dirige la política interior y exterior..." Art. 97. La discriminación presupuestaria –y sus resultados- es de tal envergadura que condiciona seriamente el material del que va a disponer el ejecutivo para la toma de decisiones en política interior y exterior. "La base de la acción del Estado se asienta sobre la convicción de que la vida intraestatal e interestatal se despliega en un escenario de incertidumbre política, que influye o determina la seguridad y la estabilidad de aquél. Despejar tal incertidumbre mediante decisiones nutridas por la información evaluada y su colecta discreta, para informar decisiones políticas, constituye el fin primordial de los Servicios Secretos... La inteligencia se ha convertido hoy en la base informativa capital de la decisión estatal óptima. Esta base no asegura por sí misma una actuación estatal idónea, pero ha quedado probado que una falta de inteligencia garantiza siempre el desastre político interior o exterior." Fraguas, Rafael; "Servicios Secretos y Razón de Estado"; "Claves de Razón Práctica", nº 14, págs. 64 y 65.

<sup>76</sup> Artículo 9 de la Ley 11/2002. En el artículo 9.2.b. de la citada ley se contempla la facultad del Director para elaborar el anteproyecto de presupuesto. La elevación del director del Centro a rango de Secretario de Estado tuvo lugar por RD 741/2001.

Es llamativo que, en la Exposición de Motivos de la ley 11/2002 de 6 de mayo, se diga que la ley se inspira “en el modelo de los países de nuestro entorno político y cultural” y al mismo tiempo mantenga incólume la condición unitaria del servicio. Esta unidad de actuación “viene aconsejada por tres elementos significativos: por el principio de economía de medios, por la tradición y, después sobre todo del 11 de septiembre, por la eficacia operativa”<sup>77</sup>.

Pues bien, los tres elementos son completamente descartables: ¿dinero? El mismo, sólo que repartido de inicio entre los distintos servicios por el Gobierno que es quien debe hacerlo; ¿tradición de inteligencia en España? Si de algo se carece es precisamente de eso, de tradición y continuidad; ¿eficacia operativa? Perejil<sup>78</sup>, 11 de marzo, infiltraciones...

La comunidad de inteligencia española debería quedar configurada de manera expresa con tres grandes servicios principales (exactamente igual que están configurados los de las democracias occidentales de nuestro entorno, facilitando así el intercambio de información y la cooperación entre servicios con las ventajas derivadas de responder al mismo *standard*): el servicio interior, prioritariamente dedicado a contrainteligencia, integrado por los servicios de información de la policía y la guardia civil; el exterior (CNI); y el militar, pues estos asuntos tienen especificidad propia y requieren de sus propios

---

<sup>77</sup> Pérez Villalobos, María Concepción; *op. cit.*; Granada, 2002, pág. 47.

<sup>78</sup> De este asunto da Viñals una opinión que merece la pena considerar. Según él –que perteneció en su momento al servicio de información del ejército– la actuación marroquí habría obtenido en un principio el visto bueno norteamericano que se aseguraba un observatorio geoestratégico de primera fila en el estrecho de Gibraltar para controlar los movimientos terroristas de Al Qaeda. Estados Unidos, “deseoso de imponer su hegemonía en el estrecho, consideraba más operativo –por la opacidad del régimen antidemocrático alauita– la pantalla de un control marroquí sobre el área a que España realizara dicha vigilancia en las dos orillas”. Viñals, Francisco y Puente, M<sup>a</sup> Luz; *op. cit.*; Barcelona, 2003, pág. 25.

organismos capaces de atender la particularidad de sus necesidades<sup>79</sup>. Cabría asimismo la posibilidad de establecer dos servicios autónomos –integrados, como ya están, o no, en alguno de los principales, la práctica diaria y el presupuesto disponible tendrían la última palabra- dedicados a comercio y nuevas tecnologías (Centro Criptológico Nacional). Todos ellos, conjuntamente considerados, constituirían la comunidad de inteligencia española<sup>80</sup>.

### **2.1.2. La coordinación de la comunidad de inteligencia**

La existencia de una comunidad de inteligencia<sup>81</sup> “suscita inmediatamente el problema de la coordinación entre servicios”.<sup>82</sup> En Estados Unidos el coordinador era el director de la CIA<sup>83</sup>. En otros países de nuestro entorno –Italia, Francia- la coordinación corresponde a diferentes comités. En cualquier caso la figura del coordinador está íntimamente ligada a la del jefe del ejecutivo que es quien ha de tomar las principales decisiones sobre las que informan y asesoran los servicios de inteligencia.

---

<sup>79</sup> La situación de indigencia de la información militar es señalada por Bardají, Rafael, y Cosidó, Ignacio, *La racionalización de los servicios de inteligencia*, Madrid, 1995, pág. 3. Sólo recientemente la participación de nuestras fuerzas armadas en operaciones internacionales ha obligado a rectificar el rumbo. Según la doctrina de la OTAN hay siete capacidades críticas que combinadas determinan la capacidad de combate de una unidad, maniobra, movilidad, contramovilidad y supervivencia, apoyo de fuegos, defensa aérea, mando y control, apoyos de combate e inteligencia. Pues bien la primera Célula Nacional de Inteligencia (SPNIC) se desplegó en Bosnia-Herzegovina (Sarajevo) el 4 de diciembre de 1996. A partir de este año vuelve a potenciarse la actividad de la inteligencia militar. A finales de 2000 el Ministerio de defensa crea el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (CIFAS), organismo que coordina los servicios de inteligencia de los tres ejércitos. García Mostazo, Nacho; *Libertad Vigilada*; Barcelona, 2003, págs. 263 y 264 quien se remite a un artículo de Miguel González publicado el 9 de febrero de 2001 en el diario “El País” bajo el título de “Un general estará al frente del CIFAS, la nueva agencia de espionaje militar”. *Ad abundantiam*, Montánchez, Enrique; “Tras el CNI, el Gobierno creará un servicio secreto militar”, “La Razón”, 7 de junio de 2002.

<sup>80</sup> La intención del ex ministro Trillo fue, en su momento, dividir al CESID en dos grandes servicios, interior y exterior, que, junto con la inteligencia militar, integrarían la comunidad de inteligencia española. *Cfr.* Montánchez, Enrique; “Calderón se impone a Trillo e impide dividir el CESID en dos servicios”, “La Razón”, 5 de junio de 2001.

<sup>81</sup> Expresión recogida en la legislación norteamericana desde la *National Security Act* de 26 de julio de 1947. Curiosamente la *National Security Act* no define en ningún lugar que sea la seguridad nacional.

<sup>82</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio, y Marquina, Antonio; *op. cit.* pág. 36.

<sup>83</sup> Sustituido por el Director de la Inteligencia Nacional, sin agencia propia que le respalde.

Las condiciones de eficacia y operatividad parecen cumplirse mejor cuando el coordinador es una sola persona en vez de un comité. Pues bien, en nuestro país se ha optado por una comisión presidida por un vicepresidente del gobierno<sup>84</sup>. El desarrollo de esta Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia se encuentra en el artículo 6 que abre el capítulo II, titulado “De la organización y régimen jurídico”<sup>85</sup> (Ley 11/2002).

Destaca el reconocimiento expreso, por vez primera en la legislación española, de que es deseable la existencia de una comunidad de inteligencia – art. 6.1 Ley 11/2002-, aunque no se asocian a ella las bondades que podrían derivarse desde un punto de vista jurídico: “establecer un régimen jurídico común, o al menos supletorio, en aspectos importantes como el del estatuto del personal al servicio de estos órganos, sus competencias, las garantías de su actividad y los controles a que debieran someterse”<sup>86</sup>. También llama la atención la falta de representación tecnológica en la Comisión Delegada del Gobierno. Economía y nuevas tecnologías son las dos áreas que más recientemente han incorporado como merecedoras de su atención los servicios

<sup>84</sup> A este respecto la ley 11/2002 dice en su Exposición de Motivos: “El Centro Nacional de Inteligencia funcionará bajo el principio de coordinación con los demás servicios de información del Estado español. A estos efectos, se crea la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, presidida por el Vicepresidente del Gobierno que designe su Presidente e integrada por el Ministro de Asuntos Exteriores, el Ministro de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Economía, el Secretario general de la Presidencia, el Secretario de Estado de Seguridad y el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia”.

<sup>85</sup> Artículo 6 de la ley 11/2002. Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia. 1. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia velará por la adecuada coordinación de todos los servicios de información e inteligencia del Estado para la formación de una comunidad de inteligencia. 2. La Comisión estará presidida por el Vicepresidente del Gobierno que designe su Presidente e integrada por los Ministros de Asuntos Exteriores, Defensa, Interior y Economía, así como por el Secretario general de la Presidencia, el Secretario de Estado de Seguridad y el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, que actuará como Secretario. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán ser convocados a las reuniones de la Comisión los titulares de aquellos otros órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que se estime conveniente. 4. Corresponde a la Comisión Delegada: a) Proponer al Presidente del Gobierno los objetivos anuales del Centro Nacional de Inteligencia que han de integrar la Directiva de Inteligencia. b) Realizar el seguimiento y evaluación del desarrollo de los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia. c) Velar por la coordinación del Centro Nacional de Inteligencia, de los servicios de información de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y los órganos de la Administración civil y militar.

<sup>86</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; Madrid, 2002, págs. 181 y 182.

de inteligencia. No se entiende por qué una ha de estar representada y la otra no<sup>87</sup>.

Como se desprende del artículo 6.4.c) de la citada ley, el CNI coordina todos los órganos de inteligencia del estado, ya sean civiles o militares, y a la Comisión corresponde velar por que así sea, proponer al presidente del Gobierno los objetivos que han de integrar la Directiva de Inteligencia y efectuar su seguimiento<sup>88</sup>.

### **2.1.3. El problema de la dirección**

Es accesorio que el director sea civil o militar, pero si es militar debería abandonar su condición de tal y cumplir su cometido como funcionario del estado. La milicia es incompatible con las necesidades de un servicio de información moderno y eficaz<sup>89</sup>. Los requisitos de mando de unidades militares para continuar ascendiendo en la carrera de las armas se avienen mal con las necesidades de inteligencia<sup>90</sup>. Por otro lado el uniforme militar –y los valores que representa, según los propios militares- no parece adecuado a las funciones que tales servicios desempeñan<sup>91</sup>. Esto por no hablar de los celos suscitados entre “militares de verdad” y “los otros”.

---

<sup>87</sup> Artículo 6.2 de la Ley 11/2002 de 6 de mayo reguladora del CNI.

<sup>88</sup> “El Gobierno determinará y aprobará anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia mediante la Directiva de Inteligencia, que tendrá carácter secreto.” Art. 3, ley *ut supra*.

<sup>89</sup> Aunque el RD 327/2004, de 27 de febrero, pretende compatibilizar ambas actividades flexibilizando los requisitos. En su Disposición final primera se modifica el Reglamento de evaluación y ascensos del personal militar profesional, aprobado por RD 1064/2001; de 28 de septiembre añadiendo un apartado 3 al artículo 32 que reza así: “Los militares profesionales que hayan adquirido la condición de personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia estarán exentos del cumplimiento de los tiempos mínimos de mando o función para el ascenso establecidos por el presente Reglamento”.

<sup>90</sup> Y cuando el gobierno prescindió de tales requisitos –antes de la nueva regulación- y ascendió a militares que trabajaban en el antiguo CESID tales ascensos nunca fueron pacíficos entre la milicia: Bastos, Manglano, Del Olmo...

<sup>91</sup> Las críticas por parte de los militares, en las salas de bandera y fuera de ellas, fueron clamorosas durante la Transición y continuaron con el General Manglano al frente del CESID. Hay referencias en casi todas las obras que pueden consultarse referidas a ese periodo de la historia de los servicios de inteligencia españoles.

La homologación con los países de nuestro entorno –y, no se olvide, con el ordenamiento jurídico propio de un estado de derecho– conlleva algunas exigencias. Entre ellas, y por lo que al mando se refiere, hay que reseñar que “los servicios de inteligencia occidentales suelen tener un director y un segundo jefe”<sup>92</sup>.

El primero de ellos, el director, tiene una doble función: por un lado es el “primer agente del servicio”<sup>93</sup>, el hombre que más y mejor información puede conseguir de resultas de sus relaciones con otras instituciones amigas –luego su designación no es cuestión baladí–; por otro lado, es el jefe político que, designado por el gobierno, asume la responsabilidad política en caso de actuaciones inadecuadas por parte del centro. Comparece en el Parlamento y ante la sociedad. Es la cara visible del organismo y, sobre todo, el depositario del “mandato”<sup>94</sup>.

Se entiende por mandato el conjunto de reglas definidas por el poder legislativo que determinan los fines y los medios a los que ha de atenerse el servicio de información considerado. De esta forma el ejecutivo no puede abusar del servicio, ni el servicio puede convertir en rehén político al ejecutivo; de la claridad todo son ventajas: beneficia al señor y alegra la condición del criado.

Ejemplos de actuaciones espurias –referenciadas en fuentes abiertas– se pueden encontrar en casi todos los países de nuestro entorno y en casi

---

<sup>92</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio, y Marquina, Antonio; *op. cit.* pág. 36.

<sup>93</sup> Afirmación literal de Juan A. Perote en el Seminario “Servicios Secretos y Secretos de Estado” celebrado en julio de 2005 en Castro Urdiales dentro de los Cursos de Verano de la Universidad de Cantabria.

<sup>94</sup> La paternidad de la expresión “definir un mandato” corresponde al almirante norteamericano Stanfield Turner que fue director de la CIA con la administración Carter. Según Perote, ex jefe de la Agrupación Operativa del CESID, el director es “el primer espía del país”, el hombre que más información debe aportar, lo que requiere una cualificación previa a su nombramiento.

todos los servicios<sup>95</sup>, *verbi gratia*: Francia<sup>96</sup>, Reino Unido<sup>97</sup>, Estados Unidos<sup>98</sup>, Israel<sup>99</sup>... Al final estas actuaciones de los políticos les convierte en prisioneros de su propia torpeza y redundan en grave quebranto para su país<sup>100</sup>.

El segundo jefe es el técnico. El experto en asuntos de inteligencia a la que ha dedicado su vida. El hombre que en última instancia puede ampararse en el mandato si el jefe político se niega a hacerlo. En esta línea de bicefalia en el mando el Real Decreto 1169/95 de 7 de julio, que modificaba la estructura orgánica del antiguo CESID, dispuso la creación de "una Secretaría General, dependiente de la Dirección cuyo titular tendrá la categoría de Director General..."<sup>101</sup>. En la actualidad la Secretaría General del CNI ostenta la condición de Subsecretaría de Estado como indica el artículo 1. b) del RD 436/2002 de 10 de mayo por el que se establece la estructura orgánica del CNI<sup>102</sup>.

Convendría que se definiese, lo más precisamente posible, cual sea el mandato que vaya a detentar la dirección del centro<sup>103</sup>. De esta manera es

---

<sup>95</sup> Servicios de inteligencia oficiales. Se deja de lado organizaciones de inteligencia que fueron constituidas únicamente para llevar a cabo este tipo de actuaciones. Así, el gobierno socialista sueco "se vió obligado a reconocer que ha venido realizando espionaje político de sus oponentes. El Ejecutivo admitió lo que era un secreto a voces: la existencia de Informations Byra, agencia de inteligencia política compuesta por militares y civiles del Partido Socialista". "El Mundo", 20 de septiembre de 1998, artículo firmado por Carlos Medina, "Un escándalo de espionaje político ensombrece las elecciones en Suecia".

<sup>96</sup> Pompidou y Mitterrand.

<sup>97</sup> El ex agente David Shayler reveló que la inteligencia británica espío en los años 70 a los políticos laboristas – entre ellos Jack Straw-. "El Mundo", 3 de agosto de 1998, artículo firmado por Guillem Balagué, "Encarcelado un ex espía británico acusado de desvelar secretos".

<sup>98</sup> El Watergate y la CIA.

<sup>99</sup> Netanyahu y señora. Sobre el particular Gordon, Thomas; *Mossad*, Buenos Aires, 2000, págs. 144 y ss. La señora Netanyahu se consideraba investida de potestad suficiente en su calidad de señora del primer ministro para pretender que el Mossad la informase a ella directamente de cuantas veces se cambiaban las sábanas en determinada embajada de Israel en el extranjero donde el matrimonio había de pernoctar.

<sup>100</sup> Como aseveraba Cicerón "somos esclavos de las leyes para ser libres".

<sup>101</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio y Marquina, Antonio; *op. cit.* pág. 38.

<sup>102</sup> El secretario general, "el jefe técnico", será nombrado por RD "a propuesta del Ministro de Defensa, entre personas de reconocida experiencia y competencia profesional en el ámbito de la inteligencia." Art. 1. b) RD 436/2002 de 10 de mayo. En cambio este mismo RD en su art. 1. a) no especifica ningún requisito para el nombramiento del Director del CNI, "el jefe político".

<sup>103</sup> Que la Directiva de Inteligencia tenga carácter secreto no es óbice para que no sea concreta.



posible garantizar la fortaleza de la dirección frente al gobierno y la asunción de responsabilidades en caso de violación del mandato.

Según la legislación en vigor<sup>104</sup>, al Secretario de Estado Director le corresponde "impulsar la actuación del Centro y coordinar sus unidades para la consecución de los objetivos de inteligencia fijados por el Gobierno, asegurar la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos y ostentar la representación de aquél".

Se encarga, en concreto, de elaborar la propuesta de estructura orgánica del Centro y nombrar y separar a los titulares de sus órganos directivos, de aprobar el anteproyecto de presupuesto, de mantener los procedimientos de relación necesarios para el desarrollo de las actividades específicas del Centro, de la celebración de los contratos y convenios con entidades públicas o privadas, de mantener y desarrollar, dentro del ámbito de su competencia, la colaboración con los servicios de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los órganos de la Administración civil y militar, relevantes para los objetivos de inteligencia y de desempeñar las funciones de Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia y la dirección del Centro Criptológico Nacional<sup>105</sup>. Al

---

<sup>104</sup> Art. 9.2 Ley 11/2002 reguladora del CNI.

<sup>105</sup> El Centro Criptológico Nacional ha sido regulado por RD 421/2004 de 12 de marzo. En su artículo 1 establece que el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia lo es también del Centro Criptológico Nacional tal y como venía recogido con anterioridad en el art. 9.2.f) de la Ley 11/2002 de 6 de mayo. Por su parte el art. 3 del RD 421/2004 establece que "El Centro Criptológico Nacional queda adscrito al Centro Nacional de Inteligencia y comparte con este medios, procedimientos, normativa y recursos, y se regirá por la Ley 11/2002 de 6 de mayo reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. El personal del CCN estará integrado orgánica y funcionalmente en el Centro Nacional de Inteligencia, por lo que le serán de aplicación todas las disposiciones relativas al personal de este, contempladas en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, y en la normativa de desarrollo, particularmente su régimen estatutario".

Secretario de Estado Director se le nombra por cinco años<sup>106</sup> renovables a propuesta del Ministro de Defensa.

Por su parte, “el jefe técnico”, el Secretario General, con rango de Subsecretario de Estado, se ocupa<sup>107</sup> básicamente de sustituir al Director en los casos de ausencia, vacante o enfermedad, de apoyar y asistir al Director del Centro Nacional de Inteligencia en el ejercicio de sus funciones, de establecer los mecanismos y sistemas de organización del Centro y determinar las actuaciones precisas para su actualización y mejora, de dirigir el funcionamiento de los servicios comunes del Centro a través de las correspondientes instrucciones y órdenes de servicio y de desempeñar la jefatura superior del personal del Centro, elaborar la propuesta de relación de puestos de trabajo y determinar los puestos vacantes a proveer durante cada ejercicio. La novedad que incorpora la Ley es el mando directo del Secretario General sobre una de las dos nuevas Direcciones Generales Técnicas: la Dirección General Técnica de Recursos.

## **2.2. De iure**

Este apartado, de carácter eminentemente jurídico como se enuncia, comprende dos bloques bien diferenciados: De un lado, se revisa la normativa española atinente a los servicios de inteligencia (*corpus iuris*), de otro, se hace hincapié en aquellas cuestiones principales que más se prestan al debate y la necesaria ponderación de derechos.

---

<sup>106</sup> Como ya recogía el art. 1.1 del derogado RD 266/96. Ahora tal disposición se encuentra en el art. 9.1 de la Ley 11/2002, que añade que el Consejo de Ministros podrá sustituir al Secretario de Estado Director en cualquier momento a lo largo de su mandato.

<sup>107</sup> Según disponen el art. 10 de la Ley 11/2002, y el art. 3 del RD 436/2002.

### 2.2.1. *Corpus iuris*

Se examina aquí la legislación española concerniente a los servicios de información, desde la presumible incardinación constitucional<sup>108</sup> hasta los reales decretos que dan vida jurídica a la comunidad de inteligencia.

#### 2.2.1.1. La Constitución Española (CE)

El hecho de que la Constitución española no “contenga una referencia expresa a los servicios de inteligencia no significa que deslegitime la existencia de los mismos. Ciertamente, la existencia y el funcionamiento de los servicios de inteligencia españoles, para poder ser compatibles con la declaración de España como Estado de Derecho (art. 1.1 CE), requiere tener una cobertura en última instancia constitucional...”<sup>109</sup>.

Así las cosas, los artículos de la constitución española que pudieran amparar la existencia de los servicios de inteligencia son los siguientes:

El artículo 149.1.4<sup>110</sup> que otorga en exclusiva al Estado la competencia sobre el área de defensa podría bastar por sí sólo<sup>111</sup> para cimentar constitucionalmente los servicios de inteligencia españoles conectándolos con la idea de defensa nacional<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Presumible porque, como ya se ha reseñado, a diferencia de otras constituciones (la alemana, la austriaca...) nuestros servicios de inteligencia no tienen un vínculo constitucional expreso, que vendría justificado por la incidencia de los mismos sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. En su momento se perdió “una magnífica oportunidad de dar una seguridad jurídica a la existencia y el funcionamiento de los servicios de inteligencia”. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; Madrid, 2002, pág. 175.

<sup>109</sup> *Ibidem*; pág. 175.

<sup>110</sup> Art. 149.1.4 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 4. Defensa y Fuerzas Armadas”

<sup>111</sup> O haciéndose acompañar del 97 (El gobierno dirige la defensa del Estado) y 105 b (La Constitución garantiza la existencia del secreto en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado). *Cfr.* Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; Madrid, 2002, pág. 175.

<sup>112</sup> La definición clásica de defensa nacional, y la consecuente conexión con la idea de seguridad nacional, quedan puestas de relieve en la siguiente definición: “Se trata de crear, organizar y disponer de una estructura instruida y apta para proporcionar el grado de protección y cobertura establecido en la formulación de seguridad. Esa estructura es la defensa nacional que guarda así relación de medio a fin con la seguridad nacional”. Quero Rodiles, Felipe; *Introducción a la teoría de la seguridad nacional*; Madrid, 1989, pág. 52.

El artículo 149.1.3<sup>113</sup> que atribuye al estado la competencia exclusiva en cuanto a las relaciones internacionales podría fundamentar la existencia de servicios de inteligencia del estado dedicados a la recogida y análisis de información exterior.

El artículo 8.1<sup>114</sup> atribuye a las Fuerzas Armadas la defensa del ordenamiento constitucional lo que justificaría la existencia de servicios de inteligencia tanto internos como externos.

El artículo 149.1.29<sup>115</sup> establece la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública sin perjuicio de la posibilidad de crear policías autonómicas por las Comunidades Autónomas según dispongan sus respectivos Estatutos.

#### **2.2.1.2. Ley 11/2002 reguladora del CNI**

La actual regulación de los servicios de inteligencia españoles es fruto de un pacto de estado entre las principales fuerzas políticas<sup>116</sup>. Al proyecto de ley se presentaron “130 enmiendas, 6 de ellas a la totalidad, de devolución al Gobierno”<sup>117</sup>. Sin embargo, todos los grupos estuvieron de acuerdo “en la

---

<sup>113</sup> Art. 149.1.3 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 3. Relaciones internacionales”.

<sup>114</sup> Art. 8.1. CE: “Las Fuerzas Armadas, constituidas por el ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

<sup>115</sup> Art. 149.1.29 CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 29. Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en sus respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

<sup>116</sup> Partido Popular, Partido Socialista Obrero Español, Convergencia y Unión y Coalición Canaria.

<sup>117</sup> “Las 6 enmiendas a la totalidad fueron presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Parlamentario Mixto (Iniciativa per Catalunya-Verds, Bloque Nacionalista Galego, Ezquerra Republicana de Catalunya y Eusko Alkartasuna). Las principales razones por las que se pidió su devolución al Gobierno del Proyecto tienen que ver con la falta de definición de las funciones del CNI, con su adscripción al Ministerio de Defensa y con la falta de control de las actividades del Centro, que repercute directamente en las garantías de los derechos y libertades constitucionales.” Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; Granada, 2002, pág. 44.

necesidad de proceder a la regulación legal de los servicios de inteligencia”<sup>118</sup>. Al final, hubo pocas modificaciones respecto del Proyecto de Ley que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales<sup>119</sup>: En el art. 5.5. se amplió la capacidad de investigación del CNI, el artículo 7.1 “olvidó” la Disposición Adicional Tercera para subrayar la dependencia de Defensa y en el artículo 8 se precisó el contenido del Estatuto de Personal y se reguló la situación del personal laboral<sup>120</sup>.

Así las cosas, está claro “que la filosofía de la ley no podía ser otra que la de terminar con la dispersión normativa que regula los servicios de inteligencia españoles, dar a los mismos una regulación legal, y sujetarlos a las prescripciones del estado de derecho”<sup>121</sup>.

En este sentido, los criterios inspiradores de la ley según los arts. 2.1 y 2.3 son el principio de sometimiento del centro al ordenamiento jurídico<sup>122</sup> y los principios de eficacia, especialización y coordinación<sup>123</sup>.

No hay que perder de vista, entre los principios rectores de la vida jurídica del centro, la autonomía funcional necesaria para que pueda ser eficaz un servicio de inteligencia. En la Exposición de Motivos de la ley se dice que “contará con la necesaria autonomía funcional para el cumplimiento de sus misiones, por lo que tendrá un régimen específico presupuestario, de contratación y de personal”.

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, pág. 44.

<sup>119</sup> *Vid.* BOCG, Serie A, núm. 57-1, de 23 de noviembre de 2001.

<sup>120</sup> Ambas leyes, la Ley 11/2002, y la LO 2/2002, fueron aprobadas en el Congreso de los Diputados con “286 votos a favor, 15 en contra y una abstención”. Solana, Luis; “Cambios en el CESID”, “La Razón”, 15 de marzo de 2002.

<sup>121</sup> *Ibidem*, págs. 45 y 46.

<sup>122</sup> Art. 2.1 Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI: “El Centro Nacional de Inteligencia se regirá por el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico y llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones expresamente establecidas en la presente Ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 7 de mayo.”

<sup>123</sup> Art. 2.3. Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI: “En el desarrollo de sus funciones, el Centro Nacional de Inteligencia actuará bajo los principios de eficacia, especialización y coordinación, de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el Gobierno.”

Como corolario de este principio de autonomía el CNI “queda incluido dentro de los Organismos públicos a que se refiere la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”<sup>124</sup>.

### **2.2.1.3. Ley Orgánica 2/2002 reguladora del control judicial previo del CNI.**

Esta Ley Orgánica “es complementaria de la Ley 11/2002, de 7 de mayo (sic)”<sup>125</sup>, y establece un control judicial de las actividades del centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 18.2 y 18.3 de la Constitución Española<sup>126</sup>. “Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”<sup>127</sup>.

La tramitación de esta ley orgánica de artículo único, conjunta con la Ley 11/2002<sup>128</sup>, contó con el mismo apoyo parlamentario que la ley ordinaria:

---

<sup>124</sup> Disposición adicional primera de la Ley 11/2002, de 6 de mayo.

<sup>125</sup> Exposición de motivos de la LO 2/2002. La referencia que hace a la fecha de la Ley 11/2002 es inexacta, donde dice 7 de mayo debiera decir 6 de mayo.

<sup>126</sup> Inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones.

<sup>127</sup> Exposición de motivos de la LO 2/2002.

<sup>128</sup> La exposición de motivos de la LO dice que su alcance resultará de una interpretación conjunta con la ley reguladora del CNI.

PSOE, PP, CIU y CC<sup>129</sup>. Ahora bien, en el caso de la Ley Orgánica 2/2002, el Consejo General del Poder Judicial emitió un informe preceptivo y no vinculante el 6 de noviembre de 2001<sup>130</sup> sobre el anteproyecto de ley que le fue presentado.

Según el CGPJ, “el Anteproyecto que se informa llena un importante vacío legislativo respecto de la actuación de los servicios secretos, por cuanto en la actualidad no existe disposición legal alguna que contemple específicamente el régimen de autorizaciones judiciales con relación a los servicios de inteligencia. De esta forma, en estos momentos, la actuación de citados servicios, si incidiera en el ejercicio de los derechos fundamentales, no solo se encontraría al margen de la legalidad, sino que podría dar lugar a responsabilidad penal”<sup>131</sup>.

El informe destaca también otro asunto de particular relevancia como es la atribución al Poder Judicial del control de la actividad de los servicios secretos, evitando así la existencia de zonas inmunes en la actuación de los poderes públicos<sup>132</sup>.

Esta idea fue expuesta con determinación por el Secretario de Estado Director del CNI, Félix Sanz, en la Apertura del Segundo Congreso de Inteligencia que tuvo lugar en el Aula Magna de la Universidad Carlos III de

---

<sup>129</sup> “Se presentaron 44 enmiendas, 6 de ellas a la totalidad. Las enmiendas fueron las mismas que las que se presentaron para el proyecto de Ley reguladora del CNI, y la principal razón que se alegó para pedir la devolución al Gobierno fue que el control judicial puede quedar reducido a un control meramente formal, entre otras cosas porque el Magistrado nombrado para controlar esas actuaciones no dispone de los elementos de juicio suficientes para decidir la conveniencia, o no de las medidas solicitadas. Aparte de esto, el control se prevé sólo respecto del artículo 18.2 y 3 de la Constitución y los requisitos habilitantes son indeterminados. El control judicial que exige la Constitución debe ser real y efectivo y no meramente formal”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 46.

<sup>130</sup> El informe consta de 15 páginas y son ponentes los Excmos. Sres. Enrique Arnaldo Alcubilla y Ramón Sáez Valcárcel.

<sup>131</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 6 de noviembre de 2001, pág. 11, que cita, como ejemplo de responsabilidad penal la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 1999 y también, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001, ambas concernientes al escándalo de las “escuchas del CESID”.

<sup>132</sup> Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, pág. 12.

Madrid en noviembre de 2010, “somos y actuamos, absolutamente dentro de la ley, sin cometer ninguna ilegalidad, incluso aunque tengamos tentaciones siempre seguimos el camino que marca la ley”.

Para otros pretender la adecuación absoluta de los servicios de inteligencia al marco del Estado de Derecho es desconocer parte de la actividad de tales servicios<sup>133</sup>. La hipótesis de esta tesis es que es perfectamente posible disponer de unos servicios de inteligencia modernos y eficaces con absoluto sometimiento a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre ello se volverá más adelante cuando se hable del control judicial previo.

#### **2.2.1.4. Ley 11/1995 reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados**

Esta ley tiene importancia porque, además de regular los fondos reservados, una buena parte de los cuales tiene como destinatarios los servicios de inteligencia, instaura una comisión a la que la LO 2/2002 atribuye el control de tales servicios.

Sólo los Ministerios de Defensa, Exteriores e Interior dispondrán de fondos en concepto de gastos reservados. Sobre ese dinero existirá un control administrativo interno y el del titular del departamento que informará periódicamente a la Comisión y al Presidente del Gobierno. A su vez y con

---

<sup>133</sup> En el curso de verano de la Universidad de Cantabria “Servicios Secretos y Secretos de Estado” celebrado en Castro Urdiales en julio de 2005, dejó claro Juan Alberto Perote que tal pretensión desde su punto de vista era un imposible. E ilustró su aseveración con una anécdota. Cuando en el llamado “juicio de las escuchas” la fiscal se dirigió a él inquiriéndole sobre si era consciente del ilícito penal le contestó: “esto es lo menos grave de todas las actividades que yo he realizado”.



carácter anual "la Comisión podrá elaborar un informe para su remisión a los Presidentes del Gobierno y del Tribunal de Cuentas"<sup>134</sup>.

#### **2.2.1.5. Real Decreto 436/2002, por el que se establece la estructura orgánica del CNI**

"La estructura orgánica deberá estar dotada de una singular flexibilidad que permita la rápida adaptación del centro para el mejor desarrollo de las funciones asignadas al mismo y el cumplimiento de unos objetivos anuales, que el Gobierno aprobará mediante la directiva de inteligencia"<sup>135</sup>.

Este RD es el desarrollo reglamentario de la ley 11/2002, de 6 de mayo<sup>136</sup>. La citada ley clasifica con el grado de secreto la organización y estructura interna del centro. Es por ello que el RD 436/2002 se limita a la regulación de los órganos rectores –Secretario de Estado Director, Secretario General- incorporando, como principal novedad, dos Direcciones Técnicas con rango de Dirección General que ayudan a simplificar el organigrama y a mejorar decisivamente la esfera de control<sup>137</sup>.

Las personas que las dirigirán son nombradas por el Secretario de Estado Director <sup>138</sup> quedando la Dirección Técnica de Inteligencia bajo mando directo suyo, mientras que la otra Dirección Técnica, la de Recursos, es responsabilidad directa, como ya se apuntó anteriormente, del Secretario General del Centro.

---

<sup>134</sup> Art. 7.4 Ley 11/1995, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

<sup>135</sup> Exposición de motivos del RD 436/2002.

<sup>136</sup> Art. 7.3 de la Ley 11/2002: "El Centro Nacional de Inteligencia se estructura en una Dirección, cuyo titular tendrá rango de Secretario de Estado, una Secretaría General y en las unidades que se determinen reglamentariamente".

<sup>137</sup> Ningún jefe de "la casa" debería, idealmente, ostentar más de seis mandos directos.

<sup>138</sup> Artículo 1.c del Real Decreto 436/2002: "Dos Direcciones Técnicas, cuyos titulares tendrán rango de Director General, una bajo la dependencia directa del Secretario de Estado Director y otra dependiente del Secretario general, que serán nombrados por el Secretario de Estado Director, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.2.a) de la ley 11/2002".

#### **2.2.1.6. RD 593/2002 que desarrolla el régimen económico presupuestario del CNI**

El Real Decreto 593/2002 es resultado de la habilitación que la ley 11/2002, concede al Gobierno para establecer las peculiaridades necesarias en el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia<sup>139</sup>.

Estas peculiaridades tienen que ver “con la necesidad de guardar la debida reserva, para garantizar la confidencialidad de los datos contenidos en sus documentos y de las informaciones que pueden desprenderse de los mismos, dada su clasificación de secreto”<sup>140</sup> lo que requiere una legislación específica que la garantice.

El control económico del Centro Nacional de Inteligencia es ejercido por el Parlamento, el Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado. El Parlamento “aprueba el presupuesto correspondiente al Servicio de Inteligencia y controla sus gastos. El Ministro de Defensa presenta un informe semestral sobre fondos reservados a la Comisión de control de los créditos destinados a gastos reservados. El Tribunal de Cuentas realiza el control económico externo de los gastos efectuados por el CNI, informando al Parlamento de los resultados. El control económico interno lo lleva a cabo la Intervención General del Estado”<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Art. 8.3 Ley 11/2002: “El control de la gestión económico-financiera se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria para los Organismos públicos previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El Gobierno establecerá las peculiaridades necesarias que garanticen su autonomía e independencia funcional”.

<sup>140</sup> Exposición de Motivos del RD 593/2002, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del CNI.

<sup>141</sup> Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; Terrorismo Global; Madrid, 2006, pág 121.

Así pues, a través de este RD se regula la financiación<sup>142</sup>, el régimen presupuestario<sup>143</sup>, el de la contratación, el patrimonial, la contabilidad y los posibles controles a cargo de la Intervención General de la Administración del Estado<sup>144</sup> -más exactamente, de la Intervención Delegada destacada en el propio Centro Nacional de Inteligencia con carácter permanente<sup>145</sup>-, del Tribunal de Cuentas y del Ministro de Defensa<sup>146</sup>.

Se tiene en cuenta también las solicitudes de datos que otros organismos pudieran hacer al centro a efectos estadísticos, en ese caso, la Disposición Final Primera faculta al Centro para “acordar con las personas, Organismos e Instituciones públicas o privadas responsables un procedimiento de comunicación que salvaguarde la protección de las informaciones clasificadas”.

---

<sup>142</sup> Según el artículo 2 del RD 593/2002 el CNI “se financiará con cargo a los siguientes recursos: a) Las transferencias consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, a través de un concepto específico. b) Los ingresos obtenidos como consecuencia del normal desarrollo de sus actividades. c) Los ingresos procedentes de la gestión de su patrimonio. d) Los ingresos procedentes de las actividades que pueda realizar, en virtud de convenio o disposición legal. e) Cualesquiera otros ingresos que le sea autorizado percibir”.

<sup>143</sup> Donde, de resultados del artículo 3 del RD 593/2002, el ‘Secretario de Estado Director, una vez concedido el montante global, puede alterar las partidas, quitar y poner, siendo él quien verdaderamente, decide por la vía del dinero, donde ha de poner el acento el Centro Nacional de Inteligencia en el desempeño de sus actividades. Semejante poder parece excesivo y debiera estar mucho más matizado. Al menos las líneas principales debería marcarlas el Gobierno (Art. 97 CE: El Gobierno dirige la política del estado), *id est*, el esfuerzo hecho en inteligencia, en contrainteligencia, en recursos, en inteligencia de señales y en información comercial/industrial. De nada sirve la existencia de departamentos del Centro vacíos de recursos. Recuérdese a este respecto la minúscula célula de involución existente en el CESID antes del 23-F.

<sup>144</sup> Art. 7 RD 593/2002: “El Centro Nacional de Inteligencia estará sometido a control financiero permanente con el objeto de verificar que la gestión económico-financiera se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia, ejerciéndose por la Intervención Delegada destacada en el mismo. El Interventor general de la Administración del Estado comunicará al Interventor Delegado en el Centro Nacional de Inteligencia, en su caso, los informes a emitir así como la fecha de emisión dentro del Plan de auditorías y actuaciones de control financiero. Los informes de control financiero, una vez surtida su finalidad de promover la mejora de las técnicas de gestión económico-financiera, se custodiarán en la Intervención Delegada del Centro Nacional de Inteligencia remitiéndose al Interventor general de la Administración del Estado aquellos que determine expresamente”.

<sup>145</sup> Hace ya dos décadas, el general Luis González Ramos, a la sazón 2º Jefe de la Intervención General del Ejército, intentó que la Intervención Militar conociese con carácter regular las cuentas del servicio. Sus intentos fueron baldíos, se le dijo que no era posible y que sobre ese asunto no había más control que el interno del propio Centro (entonces CESID). El autor de la tesis conoció la existencia de tales conversaciones a través del propio general interventor.

<sup>146</sup> El art. 8 del RD 593/2002 dispone que el centro estará sometido “a un control de eficacia, que será ejercido por el Ministro de Defensa, sin perjuicio de los controles asignados a la Intervención General de la Administración del Estado y al Tribunal de Cuentas por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados”.

#### **2.2.1.7. RD 327/2004 que modifica el Estatuto del Personal del CNI aprobado por RD 1324/1995**

El RD 1324/1995 estableció un régimen de personal único para todos los profesionales<sup>147</sup> –el sujeto cualificado– que prestaban servicio en el Centro, “conjugando el régimen del personal militar con el de la función pública e introduciendo, además, determinadas particularidades que respondían a las especiales circunstancias que afectan al personal del Centro”<sup>148</sup>.

Hasta entonces las mayores quejas suscitadas por el personal del CESID tenían que ver precisamente con su condición funcionarial<sup>149</sup> y las ventajas que de ellas podían derivarse.

El RD 327/2004 modifica el RD 1324/1995 teniendo en cuenta la necesidad de adaptar el Estatuto del personal a las exigencias derivadas “tanto de la nueva legislación que afecta al Centro Nacional de Inteligencia como de la variación del entorno de su aplicación, tratando al mismo tiempo de suplir las deficiencias, lagunas y contradicciones que la práctica diaria ha revelado en el vigente estatuto”<sup>150</sup>.

Se trata de modificaciones de envergadura<sup>151</sup>, en cantidad y calidad, que atañen a casi todos los aspectos de la relación del personal con el centro, a

---

<sup>147</sup> Recientemente, en una reunión auspiciada por el CNI con presencia de representantes de diferentes servicios amigos sobre inteligencia europea –CESEDEN, finales de junio de 2010–, el Secretario de Estado Director anunció la creación de un Código Ético.

<sup>148</sup> Exposición de Motivos del RD 327/2004.

<sup>149</sup> Los oficiales del ejército no planteaban ningún problema, ya que se consideraban bien tratados y bien cubiertos, pero el resto del personal quería asegurarse seguir disfrutando de la mejora de las condiciones laborales que representaba su paso por el CESID. El autor de la tesis supo de la existencia de tales reclamaciones del personal del servicio en conversaciones con Juan Alberto Perote Pellón. Esta incertidumbre –y las consiguientes ventanas de vulnerabilidad– se evitaría estableciendo un régimen de seguridad social para toda la comunidad de inteligencia.

<sup>150</sup> Exposición de Motivos del RD 327/2004, que modifica el Estatuto del Personal del CNI aprobado por RD 1324/1995.

<sup>151</sup> Además de derogar las Disposiciones Adicionales 3 y 5.

saber: la estructura jerárquica y la relación de puestos de trabajo<sup>152</sup>, la asignación de puestos de trabajo<sup>153</sup>, los órganos competentes<sup>154</sup>, las competencias del Ministro de Defensa, Secretario de Estado Director y Secretario General<sup>155</sup>, el registro de personal<sup>156</sup>, el proceso de selección de personal temporal<sup>157</sup>, el ingreso en el centro<sup>158</sup>...

Lo que sigue sin haber en España es un Estatuto de la comunidad de inteligencia como tal. Existen diversos Estatutos correspondientes a diferentes servicios: "Por un lado, existe un estatuto específico para los agentes del CNI, por otro lado, existen los estatutos que rigen para los miembros de las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil o el Cuerpo Nacional de Policía que no establecen disposiciones específicas para aquellos de sus miembros que se dedican a tareas de inteligencia"<sup>159</sup>.

Hoy, asuntos como el incremento del número de civiles del centro (su "desmilitarización"), o la incorporación de la mujer ya no se plantean<sup>160</sup>.

Lo más destacable de la anterior regulación era la amplitud de poderes de que gozaba el Director General del CESID. De resultas de los sucesivos escándalos (GAL, escuchas,...) y como fruto de esa preocupación se sintió la necesidad de evitar a toda costa cualquier fuga de información desde el servicio hacia la prensa.

---

<sup>152</sup> Art. 1 RD 327/2004.

<sup>153</sup> Arts. 2 y 3 RD 327/2004.

<sup>154</sup> Art. 4 RD 327/2004.

<sup>155</sup> Arts. 5, 6 y 7 RD 327/2004.

<sup>156</sup> Art. 8 RD 327/2004.

<sup>157</sup> Art. 9 RD 327/2004.

<sup>158</sup> Art. 10 RD 327/2004.

<sup>159</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 203.

<sup>160</sup> Avanzado ya el año 2005 el Secretario de Estado Director es un civil, Alberto Saiz Cortés, nombrado por RD 607/2004, de 19 de abril, en sustitución de otro civil, Jorge Dezcallar de Mazarredo, y la secretaria general del centro es una mujer, Esperanza Casteleiro (con rango de Subsecretaria), que sustituye en el cargo a otra mujer, María Dolores Vilanova Alonso. En el año 2010, la secretaria general es, de nuevo, una mujer, Elena Sánchez Blanco.

Así las cosas, el resultado final fue la extensión de las prerrogativas del director de manera que éste tuviese en su mano todas las riendas del servicio controlando directamente el mayor número de divisiones posible con el mínimo control externo. Con la reforma del RD 327/2004 se redistribuyen las funciones entre el Director y el Secretario General, que es el jefe superior de personal<sup>161</sup>, y se crean dos Direcciones Técnicas que agrupan las anteriores divisiones del CESID, dependiendo directamente cada una de ellas del Secretario de Estado Director (Inteligencia) y del Secretario General (Recursos).

En cuanto al ingreso: "Son miembros del Centro Superior de Información de la Defensa quienes, en virtud de nombramiento legal y una vez superadas las correspondientes pruebas de selección, se incorporan al mismo con una relación estatutaria de servicios profesionales y retribuidos con cargo a los presupuestos generales del Estado. Este personal, cualquiera que sea su procedencia, quedará sujeto a las disposiciones contenidas en el presente Estatuto y a las normas que se dicten para su desarrollo"<sup>162</sup>. Tanto militares como guardias civiles una vez que entran al servicio del CNI se someten a la *lex specialis* (El Estatuto de Personal contenido en el RD 1324/1995 modificado por el RD 327/2004) en detrimento de la *lex generalis* representada por su Estatuto de origen<sup>163</sup>. Se ingresa en el Centro con carácter temporal y, transcurrido el periodo de formación y demostrada la idoneidad pertinente, el contrato se eleva a definitivo.

---

<sup>161</sup> Art. 7 RD 327/2004, de 27 de febrero.

<sup>162</sup> Art. 1 del RD 1324/1995 que regula el Estatuto del Personal.

<sup>163</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 204. De hecho, una vez que un militar ingresa en el Centro deja de ser relevante el empleo que ostente, un sargento puede mandar y ser el superior de un capitán. Esto es así desde la época en que el entonces comandante José Luis Cortina Prieto –que fue quien introdujo la novedad, conversación con el autor de la tesis- estaba al frente de la Agrupación Operativa del CESID.

Es reseñable la posibilidad que plantea el art. 4.2 del Estatuto del Personal<sup>164</sup> de designar personas con categoría de subdirector general o asimilado sin necesidad de pruebas de selección o idoneidad<sup>165</sup>. Precisamente por la responsabilidad que tales personas ostentan y la importancia de la información que han de conocer se debería extremar las precauciones a la hora de proveer destinos semejantes (que sean oficiales o licenciados no parece garantía de idoneidad suficiente).

Los ceses<sup>166</sup> pueden obedecer a causas de carácter político (ser elegido miembro de las instituciones más relevantes del país, en los tres niveles, estatal, autonómico y local, ser nombrado alto cargo de alguna de ellas o perder la nacionalidad española), profesional (que van desde el cese a petición propia a la jubilación) o discrecional<sup>167</sup> (pero motivada)<sup>168</sup>.

Entre los derechos recogidos en el art. 25 del RD 1324/1995 (ser clasificado en el grupo correspondiente, ser informado debidamente de cuanto le concierne saber, la posibilidad de hacer carrera en el Centro) destaca la protección y el respaldo del centro<sup>169</sup> al agente en el cumplimiento de sus actividades regulares<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> Art. 4.2. del Estatuto del Personal: "La relación de puestos de trabajo podrá indicar que puestos de los que tienen asignado nivel de subdirector general o asimilado pueden proveerse sin necesidad de superar las correspondientes pruebas de selección y periodo de valoración de idoneidad. De darse esta circunstancia, sólo procederá el nombramiento a que se hace referencia en el artículo 14 de este Estatuto, y la provisión, en este caso, deberá recaer necesariamente en personal militar procedente de la Enseñanza Militar de Grado Superior o en funcionarios civiles pertenecientes a Cuerpos o Escalas clasificados en el grupo A".

<sup>165</sup> Pruebas que sí ha de superar el resto del personal como parece adecuado a un servicio de información. Tales pruebas están reguladas en el Capítulo III del RD 1324/95. De hecho, Felix Sanz Roldan, actual director del CNI, prescindió de personas que habían sido incorporadas durante la etapa de Alberto Saiz, por "falta de idoneidad".

<sup>166</sup> Regulados en el art. 18 del RD 1324/1995 modificado por el artículo 14 del RD 327/2004.

<sup>167</sup> Art. 4.3 del Estatuto de Personal: "El personal designado para ocupar un puesto del Centro podrá ser cesado libremente en el desempeño del mismo. La motivación de la resolución de cese se referirá a la competencia para adoptarla".

<sup>168</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 205.

<sup>169</sup> Art. 25.c) RD 1324/1995: "Obtener la protección y el respaldo del Centro respecto a su actuación regular..., asumiendo aquél la responsabilidad patrimonial en que hubiera podido haber incurrido por las acciones u omisiones que le hayan sido legítimamente ordenadas, haciéndose cargo de la oportuna asistencia letrada".

<sup>170</sup> Protección que *-de facto-* se extendió también a las acciones irregulares. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 205.

Los deberes que afectan a los miembros del centro presentan un particular interés jurídico porque limitan derechos fundamentales. Así, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) queda afectado por los artículos 37 y 41 del Estatuto de Personal que exigen llevar una vida sin acciones que ocasionen vulnerabilidades al agente y dar toda la información que se le solicite sobre sus bienes y patrimonio, respectivamente.

El derecho a la información, una de cuyas facultades es la difusión libre de información (art. 20 CE) queda capitidismuido por la obligación de guardar secreto sobre todo lo que conoció a lo largo de su vida laboral incluso después de haber cesado en sus funciones (art. 38, deber de reserva, del Estatuto de Personal).

Por último, al personal del centro le está vedado también –art. 37 del Estatuto- el derecho de huelga (art. 28.2 CE), el de sindicación (art. 28.1 CE) y el de asociación (art. 22.1 CE).

Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>171</sup>, la limitación de los derechos fundamentales precisa de cinco requisitos que sintetiza así Carlos Ruiz Miguel<sup>172</sup>: principio de legalidad, fin constitucionalmente legítimo, juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad. El primero no se cumple; la regulación se establece por decreto no por ley. El segundo sí encuentra acomodo en el actual ordenamiento<sup>173</sup> y el tercero también. Pero son cuando menos discutibles<sup>174</sup> los puntos cuarto y quinto: ¿no hay otras medidas que dañen menos los derechos

---

<sup>171</sup> SSTC 66/1995, de 8 de mayo, y 207/1996, de 16 de diciembre.

<sup>172</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 206 y 207.

<sup>173</sup> Otra cosa es discriminar después en donde, de las alternativas que nos ofrece la Constitución, ha de reposar su cabeza la comunidad de inteligencia.

<sup>174</sup> Desde el punto de vista jurídico, los agentes posiblemente las estimarán absolutamente necesarias.



en cuestión y que sean igualmente idóneas? ¿Son medidas ponderadas, resulta más beneficio para la comunidad que perjuicio para el individuo?

En cuanto al régimen disciplinario el artículo 42 del Estatuto de Personal toma como derecho supletorio lo dispuesto en la legislación vigente de personal civil funcionario. Las autoridades sancionadoras son: "a) El Ministro de Defensa<sup>175</sup>, para la separación del servicio y para la suspensión de funciones superior a un año. b) El Secretario de Estado Director, para la suspensión de funciones de seis meses y un día hasta un año. c) El Secretario General, para la suspensión de funciones de seis días hasta seis meses. d) Los titulares del resto de órganos directivos del Centro, para la suspensión de funciones hasta cinco días y reprensión"<sup>176</sup>.

Las causas de cese afectan también a derechos fundamentales: haber revelado –libertad de expresión–, haberse sindicado, –libertad sindical–; en consecuencia cabe hacerles el mismo reproche que a los deberes que establece el Estatuto, esto es, la ruptura del principio de legalidad al venir reguladas por sendos decretos<sup>177</sup>.

El expediente que, antes de la reforma del Estatuto, se incoaba por orden del Director se incoa ahora por orden del Secretario General<sup>178</sup>.

Las faltas pueden ser muy graves, graves o leves.<sup>179</sup> Pues bien, entre las graves hay una que merece especial consideración. El artículo 45 b) del RD 1324/1995 califica de grave: "La falta de obediencia debida a los superiores". Sobre este asunto se debe reseñar que en su trabajo diario la vinculación

---

<sup>175</sup> Cuyas resoluciones, ya sea en primera instancia, o resolviendo un recurso sobre una sanción impuesta por un mando del Centro, ponen fin a la vía administrativa.

<sup>176</sup> Artículo 28 RD 327/2004, que modifica el art. 51 del RD 1324/1995.

<sup>177</sup> RD 1324/1995 modificado por RD 327/2004.

<sup>178</sup> En este sentido indicar que el artículo 27 del RD 327/2004 reforma el apartado 3 del artículo 50 del Estatuto.

<sup>179</sup> Artículos 44, 45 y 46 del RD 1324/1995.

prioritaria del agente ha de ser la ley, entendida aquí, *lato sensu*, como el ordenamiento jurídico que rige en nuestro país. Solo subsidiariamente – después de la ley- ha de sentirse vinculado a los mandos y órganos de dirección del servicio. En contra de lo que se ha dicho la obediencia a la ley –la actuación *secundum legem*- no merma la eficacia de los servicios, bien al contrario, es precisamente la actuación *contra legem* la que hace tambalear la moral y la eficacia de los agentes, y la que ha dado lugar a los mayores escándalos en que han sido protagonistas los servicios de inteligencia.

Es fácil para un servicio alentar en sus agentes la consideración de que están realizando una acción de gran sacrificio – *dulcis est pro patria mori*- por su país. La “nación”, personificada en la escala de mandos del Centro, lo pide, y expresa su gratitud por adelantado pese a que el hecho en sí contradiga la ley. El brillo de la bondad de la acción concreta opera como una estrella que no deja ver el firmamento de repercusiones que conlleva. Este deslumbramiento ayuda a sustituir la obediencia a la ley por la obediencia al mando, pero cuando el momento/estrella ha pasado y el agente puede considerar la totalidad de la empresa es el principio de la desmoralización y el final de la eficacia<sup>180</sup>.

#### **2.2.1.8. RD 421/2004 por el que se regula el Centro Criptológico Nacional**

El RD 421/2004 es consecuencia directa de la ley 11/2002<sup>181</sup> que encomienda al Centro Nacional de Inteligencia el ejercicio de las funciones

---

<sup>180</sup> “La bondad de una cosa arrebató a los hombres y, puestos a su servicio, olvidan fácilmente que hay otras muchas cosas buenas con quienes es forzoso compaginar aquella, so pena de convertirla en una cosa pésima y funesta.” Ortega y Gasset, José; *op. cit.*, pág. 67.

<sup>181</sup> La Exposición de Motivos del RD 421/2004 señala: “Este real decreto se dicta en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia”. Y la Disposición Final Primera de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, faculta “al Consejo de Ministros para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley”.

relativas a la seguridad de las tecnologías de la información<sup>182</sup>, la protección de la información clasificada<sup>183</sup> y confiere al Secretario de Estado Director del CNI la responsabilidad de dirigir el Centro Criptológico Nacional<sup>184</sup> (en adelante CCN)<sup>185</sup>.

El desarrollo alcanzado por las tecnologías de la información en nuestros días obliga a la existencia de un órgano de la administración que vele por la seguridad de sus sistemas de información<sup>186</sup>. Pues bien, este órgano es el Centro Criptológico Nacional que está adscrito al CNI y comparte con este “medios, procedimientos, normativa y recursos, y se regirá por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI. El personal del CCN estará integrado orgánica y funcionalmente en el CNI, por lo que le serán de aplicación todas las disposiciones relativas al personal de éste, contempladas en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, y en la normativa de desarrollo, particularmente su régimen estatutario”<sup>187</sup>.

<sup>182</sup> Art. 4.e) Ley 11/2002.

<sup>183</sup> Art. 4.f) Ley 11/2002.

<sup>184</sup> Responsabilidad que le es atribuida en el art. 9.2.f) de la Ley 11/2002.

<sup>185</sup> Criptología: Es la ciencia que estudia el cifrado y descifrado de la información así como los sistemas que realizan dichas funciones. 1. Carga remota de claves: Técnica por la que un equipo de cifra puede transmitir a otro compatible una clave cifrada que, una vez descifrada, puede utilizar en operaciones de cifra. 2. Criptoanálisis: Pasos sucesivos para transformar un criptograma en el texto claro original sin conocer el sistema cifrado utilizado y/o la clave. 3. Criptofonía: Rama de la criptología que estudia la voz. 4. Criptograma: Texto cifrado, ya formateado, preparado para la transmisión. 5. Expresión cifrante: Número de caracteres del texto cifrado que se corresponden con la unidad de cifra. 6. Gestión de claves: Proceso que comprende la generación, distribución, almacenamiento, utilización, archivo y destrucción de claves empleadas en un criptosistema. 7. Módulo de claves: Dispositivo portátil utilizado para el almacenamiento y, en ocasiones, transporte de parte o la totalidad de claves que utiliza un equipo, pudiendo ser retirado de manera que la clasificación de seguridad del equipo disminuye. 8. Protocolo: Conjunto de normas utilizadas para establecer y mantener una comunicación. Pastor Petit, Domingo.; *op. cit.*, págs. 101 y 102.

<sup>186</sup> “El concepto de seguridad de los sistemas de información no sólo abarca la protección de la confidencialidad de ésta; en la mayoría de los casos es necesario también que los sistemas permitan el acceso de los usuarios autorizados, funcionen de manera íntegra y garanticen que la información que manejan mantiene su integridad. En consecuencia, la seguridad de los sistemas de información debe garantizar la confidencialidad, la disponibilidad y la integridad de la información que manejan y la disponibilidad e integridad de los propios sistemas”. Exposición de Motivos del RD 421/2004.

<sup>187</sup> Art. 2.3 RD 421/2004.

El ámbito de actuación del Centro Criptológico<sup>188</sup> Nacional comprende no sólo los sistemas de las tecnologías de la información de la administración que incluyen medios de cifra<sup>189</sup> sino también “la seguridad de los sistemas de las tecnologías de la información que procesan, almacenan o transmiten información clasificada”<sup>190</sup>.

## **2.2.2. La cuestión de la dependencia: el organigrama**

“El Centro Nacional de Inteligencia se adscribe orgánicamente al Ministerio de Defensa”<sup>191</sup>. Esta ha sido la adscripción tradicional de los servicios inteligencia españoles a lo largo de la historia y con la nueva ley se mantuvo la tradición aunque el PNV presentó una enmienda al proyecto de ley en la que pedía la adscripción orgánica del centro a la vicepresidencia primera del gobierno a través de los ministerios de Interior y Defensa. Si se entiende la comunidad de inteligencia como tal, como una verdadera comunidad de inteligencia, la incardinación del servicio exterior en defensa viene de suyo. El

---

<sup>188</sup> Criptografía es el arte de escribir de forma que resulte incomprensible para quien no posee la clave. Es un arte de larga tradición histórica hasta la criptografía digital de nuestros días (Vid. Pastor Franco, José; *Criptografía digital*; Zaragoza, 1.998, *passim*) que puede realizarse mediante: cifrado de flujo (generación de sucesiones aleatorias de bits, siendo el bit la unidad mínima de información, ceros o unos), cifrado de bloque (que puede ser simétrico o asimétrico), cifrado con curvas elípticas (gravita en torno a las curvas elípticas cuyo dominio son los cuerpos finitos de números enteros) o cifrado cuántico (escapando de los límites de la física convencional). Hay dos posiciones sobre este asunto: quienes piensan que la criptografía puede ser un arma peligrosa para la seguridad nacional y quienes creen que preserva el derecho a la intimidad (En éste último sentido recuérdese el famoso comentario de Philip Zimmermann, creador del PGP - programa de encriptación -, “si la intimidad está al margen de la ley, sólo los que están al margen de la ley tendrán intimidad”). Los gobiernos desean que las claves de recuperación de los algoritmos sean almacenadas por las autoridades para proteger la seguridad nacional, y los usuarios no se fían del uso que se haga de tales almacenes. La Unión Europea apoya la encriptación “fuerte o dura” (La encriptación es mas “fuerte o más dura” cuanto más larga es la clave), pero por otra parte la mayoría de los estados que la integran son signatarios del Tratado de Wassenaar, que establece restricciones a la exportación de claves superiores a 64 bits. En 1999 se aprobó en EE.UU. la Ley de Seguridad y Libertad de la Encriptación en Estados Unidos que permite exportar cualquier tipo de encriptación siempre y cuando se deposite el algoritmo ante la Administración para su estudio durante quince días. En España, la Ley General de Telecomunicaciones en su art. 52, dispone que los usuarios de cifrado deben notificar al Estado “los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado”, disposición que puede infringir el derecho constitucional a no declarar contra uno mismo.

<sup>189</sup> Se denomina cifra a un sistema de escritura compuesto por letras y/o números para textos secretos.

<sup>190</sup> Art. 2.1.b) RD 421/2004.

<sup>191</sup> Art. 7.1 Ley 11/2002.

servicio interior es lógico que dependa del Ministro del Interior<sup>192</sup>. El exterior en cambio no puede depender de su ministerio homónimo<sup>193</sup>. Así las cosas quedan Defensa y Presidencia del Gobierno, pero Presidencia debe coordinar, y además, una cierta distancia formal del Presidente del Gobierno le fabrica a éste un colchón de aire con el que respirar o amortiguar el golpe para favorecer los intereses diplomáticos de España caso de ser necesario. De esta suerte, sólo queda Defensa.

Distinta cosa es que la comunidad de inteligencia dependa de la presidencia del gobierno por intermedio de una persona de la confianza del presidente, que coordine su actividad. Este es el camino que parece haber emprendido nuestra actual legislación pues es el vicepresidente del gobierno que designe el presidente quien preside la comisión delegada del gobierno para asuntos de inteligencia<sup>194</sup> y así ha de ser por cuanto el objetivo de un servicio de información es colaborar en la idoneidad de la acción de gobierno y tal y como está configurado nuestro sistema político, de forma y manera presidencialista, es el presidente del gobierno la figura clave en la toma de las grandes decisiones que afectan a los intereses vitales del estado. No obstante lo anterior, la ley autoriza al presidente del gobierno “para modificar por Real Decreto, la adscripción orgánica del Centro Nacional de Inteligencia, prevista en el artículo 7.1 de esta Ley. El Departamento al que se adscriba el Centro

---

<sup>192</sup> Quedaría luego por ver si ese servicio interior debe desdoblarse –al modo alemán–, uno que entienda de la seguridad *criminal* y otro específico dedicad a a las amenazas contra la seguridad nacional, o no (FBI).

<sup>193</sup> Así se lo hizo ver al autor de la tesis un oficial del ejército vinculado a tales servicios. Piénsese en los tiempos en que España no tenía relaciones diplomáticas con Israel o Sudáfrica, sin embargo, los servicios de inteligencia españoles mantenían unas relaciones de primer nivel con sus respectivas contrapartes. Si el Centro hubiese dependido de Asuntos Exteriores a la diplomacia española se le hubiese ocasionado un serio disloque en el supuesto de que Exteriores hubiese consentido al Servicio la existencia de tales contactos.

<sup>194</sup> Art. 6.2 Ley 11/2002.

ejercerá las competencias que, en relación con el mismo, atribuye esta Ley al Ministerio de Defensa y a su titular”<sup>195</sup>.

En cuanto al organigrama del CNI hay que decir que los detalles concretos sobre sus actividades, organización, estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información, y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada con el grado de secreto<sup>196</sup> (Art. 5.1 Ley 11/2002).

Sin embargo, en la propia página web del centro<sup>197</sup> podía verse un diagrama de su organización interna de carácter básico que da una idea sobre como está estructurado. En la cúspide de la pirámide está el Secretario de Estado Director<sup>198</sup> asistido por los Organos de Apoyo a la Dirección que comprenden el Gabinete del Secretario de Estado Director y la Asesoría Jurídica. De él depende directamente la Dirección Técnica de Inteligencia que incluye las unidades de inteligencia y contrainteligencia<sup>199</sup>. Inmediatamente después del Secretario de Estado Director se halla el Secretario General<sup>200</sup> – con rango de subsecretario- que está al frente de la Dirección Técnica de Recursos compuesta por Unidades de Recursos, Apoyo a la Inteligencia y Seguridad.

---

<sup>195</sup> Así reza la Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/2002, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

<sup>196</sup> Art. 5.1 Ley 11/2002.

<sup>197</sup> [www.cni.es](http://www.cni.es), 11 de Julio de 2005.

<sup>198</sup> Cuyos cometidos vienen definidos en el art. 9 de la Ley 11/2002, y 2 del RD 436/2002.

<sup>199</sup> Arts. 1.c) y 4 del RD 436/2002. Los dos directores técnicos ostentan rango de director general.

<sup>200</sup> Sus funciones están contempladas en el art. 10 de la Ley 11/2002 y en el art. 3 del RD 436/2002 de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del CNI.

### 2.2.3. Las competencias del CNI

Respecto del antiguo CESID, el CNI ve aún más ampliadas sus competencias<sup>201</sup>: “El Centro Nacional de Inteligencia es el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones”<sup>202</sup>.

Después, tras la definición del Centro, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, se refiere a sus funciones, muy detalladas en el larguísimo artículo cuatro de la ley<sup>203</sup>. En el primer apartado del artículo 4 llama la atención la mención de los intereses económicos o industriales, largamente olvidados por nuestros servicios. En el apartado b) destaca la protección del ordenamiento constitucional por el centro. El c) hace referencia a la necesidad de interconexión con otros servicios en la era de la globalización. El cuarto y

<sup>201</sup> Sobre todo en lo que tiene que ver con cifra y tráfico de señales (Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; Madrid, 2002, pág. 185).

<sup>202</sup> Art. 1 de la Ley 11/2002. El PNV presentó una enmienda al proyecto de ley para eliminar el objetivo de evitar cualquier peligro o agresión contra la independencia o integridad de España; considerando que el no especificar el tipo de agresiones que provoca la intervención del Centro constituye una proclama discordante con la libertad política y de pensamiento. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 44.

<sup>203</sup> El artículo 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, dice lo siguiente: “Para el cumplimiento de sus objetivos, el Centro Nacional de Inteligencia llevará a cabo las siguientes funciones: a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional. b) Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población. c) Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos. d) Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro. e) Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro. f) Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada. g) Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales”.

quinto párrafo se refieren a la necesidad de la inteligencia y contrainteligencia electrónica o de señales. En el sexto y séptimo apartados se habla de la protección de la información y de las propias instalaciones.

Este artículo fue objeto de varias críticas y enmiendas —en particular por el Partido Nacionalista Vasco e Izquierda Unida— a lo largo de su tramitación parlamentaria con dos argumentos comunes: no queda suficientemente claro, ni se precisa con detalle, qué es lo que protege el Centro Nacional de Inteligencia (cuáles son sus fines, cuáles sus objetivos)<sup>204</sup>, ni cómo lo protege (medios).

Lo que sí queda meridianamente claro en el artículo 5.4 de la Ley 11/2002 es que los miembros del CNI “no tendrán la consideración de agentes de la autoridad, con excepción de aquellos que desempeñen cometidos profesionales relacionados con la protección del personal del Centro y de las instalaciones del mismo”. Esto es así puesto que los servicios de inteligencia no investigan delitos ni persiguen la obtención de pruebas sobre conductas ilícitas. El ordenamiento jurídico atribuye estas funciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>205</sup>.

En cualquier caso, siguiendo la doctrina del Almirante Stanfield Turner, la claridad y la delimitación de las competencias<sup>206</sup> de un servicio de información es directamente proporcional a la capacidad de sus mandos para resistirse a las presiones de los políticos, a la ausencia de fricciones con los

---

<sup>204</sup> “Un servicio de información es de suyo insaciable y le interesaría estar informado de casi todo. El problema no es solo que esto choca frontalmente con el derecho a la intimidad de los ciudadanos y otros derechos fundamentales, sino que cuesta dinero.” Marquina, Antonio; *op. cit.*; “Cuenta y Razón”, nº 87.

<sup>205</sup> Art. 104 CE: “Las fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”

<sup>206</sup> Los conceptos jurídicos indeterminados que se utilizan para la delimitación de competencias de los servicios de inteligencia no pueden ser cheques en blancos. En un concepto jurídico indeterminado hay un área difusa pero también hay un área cierta que es susceptible de controlarse rigurosamente como puso de relieve el profesor García de Enterría.



principales poderes/instituciones del estado, a la certeza jurídica de los agentes a la hora de realizar su trabajo y a su posibilidad de negarse a aceptar órdenes ilegales o que exceden claramente su esfera de atribuciones<sup>207</sup>, a la moral de los mismos agentes y a su sentimiento de estar realizando un servicio a su país. Una moral fuerte y un firme sentimiento de estar trabajando en defensa de unos valores compartidos en los que se cree por su superioridad ética y moral frente a otros afectan decisivamente a la eficacia del servicio.

#### **2.2.4. El control del CNI**

El control de los servicios de información es una de las piezas clave para pretender su adecuación al estado de derecho y para hacer compatibles secreto y estado de derecho. No es posible mantener unos servicios de inteligencia sin control en una democracia occidental<sup>208</sup>.

Escribe Nieves Bregante: "La transformación más importante del Servicio de Inteligencia español ha sido la adaptación de su organización y funcionamiento al marco del estado de derecho definido en la Constitución de 1978"<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> "Tan sólo en una ocasión tuvimos un enfrentamiento directo, cuando yo (Peter Wright agente de MI-5) estaba en A2 con Hugh Winterborn, a finales de los años cincuenta. Una delegación argentina llegó a Inglaterra a negociar con el Gobierno un contrato de suministro de carne. Hollis (director del MI-5) nos transmitió una solicitud, emanada del Consejo Comercial, para que instaláramos escuchas clandestinas a fin de obtener toda la información posible de los argentinos. Winterborn y yo nos sentimos ofendidos. Aquello era una clara violación del memorándum Findlater-Stewart, que limitaba estrictamente las funciones del MI-5 a asuntos relacionados con la seguridad nacional. El resto del personal de A2 compartía nuestra opinión de modo que nos negamos a cumplir las instrucciones de Hollis. Durante algunas horas estuvimos esperando que se produjeran despidos en masa, pero finalmente Hollis retiró sus órdenes y nunca se habló más del asunto. La única huelga en la historia del MI-5 terminó con victoria total de los huelguistas." Wright, Peter y Greengrass, Paul; *Cazador de espías*; Barcelona, 1987, pág. 206.

<sup>208</sup> "Lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que estos escapen a la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable." De Lucas, Javier; *op. cit.*; nº 52, pág. 26. Sólo en los "regímenes totalitarios el secreto constituye un instrumento de control fuera de todo control". Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 57. Un ejemplo exacerbado puede verse en la última dictadura argentina que promulgaba leyes secretas y encerraba en cárceles secretas (o enterraba en cementerios secretos) a los ciudadanos que las incumplían.

<sup>209</sup> "Los Servicios de Inteligencia Españoles tras los atentados del 11-M", dentro de la obra colectiva coordinada por Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *op. cit.* pág. 124.

El control puede ser de dos tipos: interno y externo.

#### **2.2.4.1. El control interno**

A su vez el control interno puede dividirse en tres: el control interno realizado por cualquiera de los mandos del Centro Nacional de Inteligencia, el llevado a cabo por el Secretario General y aquel que es privativo del Secretario de Estado Director.

##### **2.2.4.1.1. El control interno de los mandos del Centro**

Cualquier persona que en su trabajo adquiere una mayor responsabilidad o significación respecto de sus compañeros lo hace por haber demostrado una excelencia, una condición mejor –aristocrática, en el sentido etimológico del término- con referencia a los otros. Esa condición aristocrática o de nobleza –*noblesse oblige*- debe ser hecha valer en el trabajo cotidiano. Como decía Goethe: “Vivir a gusto es de plebeyo: el noble aspira a ordenación y a ley”. Tal aspiración a un orden superior representado y constreñido por el ordenamiento jurídico del estado de derecho considerado ha de orientar su actuación e imprimir un sello de distinción en la labor de sus subordinados.

Las personas que estén bajo su mando directo no deberían superar el número de ocho. Este es el límite de la esfera de control. “Se define la esfera de control como el número máximo de subordinados que un jefe puede mandar directamente.”<sup>210</sup> Por encima de esta cifra no es posible garantizar el adecuado control del jefe sobre las actividades de las personas que de él dependen, personas de cuya actuación es responsable, pues el Estatuto de Personal

---

<sup>210</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio, y Marquina, Antonio; *op. cit.* pág. 39.

sanciona como falta grave "la tolerancia de los superiores, respecto de la comisión de faltas leves de sus subordinados"<sup>211</sup>.

Tales actividades estarán siempre dentro del mandato expresamente reglado que define las actuaciones del servicio. Es deber de los jefes controlar y confrontar la acción y la ley<sup>212</sup> de forma que, cual muñeca rusa, la acción ha de caber siempre dentro de la ley.

Esto es así porque su dependencia primera es respecto de la parte del ordenamiento jurídico que regula su trabajo y, secundariamente, de los jefes que estén por encima de ellos en el escalafón. Las órdenes administrativas que reciban tienen condicionada su validez a la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico.

#### **2.2.4.1.2. El control del Secretario General**

Aunque el origen de esta figura fue un tanto espurio el paso del tiempo ha decantado sus competencias y potestades convirtiéndola en lo que debería haber sido desde el principio: contrapeso y ayuda del Director y estímulo para desconcentrar el poder omnímodo del que éste llegó a hacer gala en la historia reciente de los servicios de inteligencia españoles<sup>213</sup>.

El artículo 10 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, establece en su apartado 2.d) que es función propia del Secretario General "desempeñar la jefatura superior del personal del Centro"<sup>214</sup>. En los apartados a), b) y c) de este

---

<sup>211</sup> Apartado i) del artículo 45 del RD 1324/1995. Faltas muy graves, graves o leves son sancionadas "sin perjuicio de las responsabilidades penales". Art. 49 RD 1324/1995.

<sup>212</sup> Cfr. Wright, Peter y Greengrass Paul; *op. cit.*; pág. 206.

<sup>213</sup> También ha servido en los últimos tiempos para dar una relevancia a la figura de la mujer de la que había carecido históricamente.

<sup>214</sup> Artículo que es recogido en idénticos términos por el RD 436/2002, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia en su art. 3.

mismo artículo 10.2<sup>215</sup> se le atribuyen las funciones de asistencia al Director, de organización y mejora del Centro y de dirección de los servicios comunes del Centro a través de las correspondientes instrucciones y órdenes de servicio. Pues bien, ninguna de tales funciones es posible que sea desarrollada con garantías de éxito sin un profundo conocimiento del Centro, lo que implica a su vez el control del mismo. Pero es que además, tras la reforma de 2002 y el cambio de denominación del Centro, es responsabilidad directa suya el control sobre la Dirección Técnica de Recursos.

La condición de jefe superior del personal, hace que sea ahora el Secretario General quien dé la orden de incoación del procedimiento de sanción. El propio Secretario General es competente para imponer la suspensión de funciones por un periodo de seis días hasta seis meses.

#### **2.2.4.1.3. El control del Secretario de Estado Director**

En el antiguo CESID la figura del director era la piedra angular del control interno del servicio. De hecho todo el control que se ejercía sobre el Centro se ha sustentado en el poder omnímodo del jefe del mismo. Semejante intento de control absoluto desembocó en una absoluta falta de control con repetidos escándalos en la prensa<sup>216</sup> que se prolongaron, y no menguaron,

---

<sup>215</sup> El artículo 10 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, establece expresamente que: 1. El Secretario general del Centro Nacional de Inteligencia, con rango de Subsecretario, será nombrado por Real Decreto a propuesta del Ministro de Defensa, entre personas de reconocida experiencia y competencia profesional en el ámbito de la Inteligencia. Sustituirá al Director en los casos de ausencia, vacante o enfermedad. 2. El Secretario general del Centro Nacional de Inteligencia ejercerá las funciones que le otorgue el Real Decreto de estructura del Centro, y, en particular, las siguientes: a) Apoyar y asistir al Director del Centro Nacional de Inteligencia en el ejercicio de sus funciones. b) Establecer los mecanismos y sistemas de organización del Centro y determinar las actuaciones precisas para su actualización y mejora. c) Dirigir el funcionamiento de los servicios comunes del Centro a través de las correspondientes instrucciones y órdenes de servicio. d) Desempeñar la jefatura superior del personal del Centro, elaborar la propuesta de relación de puestos de trabajo y determinar los puestos vacantes a proveer durante cada ejercicio. e) Las demás que... se le encomienden.

<sup>216</sup> Escuchas del CESID, el informe Crillon, las microfichas de Perote, el "evangelio del GAL",...

durante los últimos años de Felipe González como Presidente del Gobierno de España.

El primer motivo de que ello fuese así es el completo desbordamiento de la esfera de control<sup>217</sup>. La pretensión del gobierno socialista de que el director del Servicio controlase todas las riendas consiguió que las riendas no le cupiesen en la mano. De manera directa controlaba todas las divisiones o departamentos autónomos de la casa<sup>218</sup> e incluso descendía a ocuparse personalmente de alguna operación que el Gobierno pudiera considerar particularmente sensible para sus intereses con la finalidad de que nada llegase a la prensa. Pues bien, la pretensión resultó vana como demuestra el alud de continuas filtraciones de material clasificado que llegaba a los medios de comunicación por aquel entonces.

Cuando el descontrol resultó evidente se creó la figura de la Secretaría General<sup>219</sup> pero no, como ya se ha dicho y como pudiera parecer a primera vista, para repartir el trabajo entre director y secretario, sino con el ánimo de que éste fagocitase completamente las atribuciones del Director<sup>220</sup> por intereses coyunturales del Gobierno entonces presidido por Felipe González. Solventado hoy el problema de la esfera de control<sup>221</sup> se ha procedido también a un reparto de funciones, más apropiado, entre el director y el secretario general.

---

<sup>217</sup> Cfr. Sáinz de la Peña, José Antonio, y Marquina, Antonio; *op. cit.*, pág. 39 y 40.

<sup>218</sup> Según el art. 2 del derogado RD 2632/85 el número de órganos que dependían directamente del jefe del servicio ascendían a un total de diez.

<sup>219</sup> Por RD 1169/95

<sup>220</sup> Como prueba el Art. 1 del derogado RD 1169/95 que atribuía entonces al secretario general categoría de director general.

<sup>221</sup> El Secretario de Estado Director solo ostenta mando directo sobre su Gabinete, el Secretario General, la Dirección Técnica de Inteligencia y el Centro Criptológico Nacional.

Las funciones del Secretario de Estado Director vienen recogidas en el artículo 9.2 de la Ley 11/2002<sup>222</sup> y en los artículos 2 del RD 436/2002, por el que se establece la estructura orgánica del CNI, y 1 del RD 421/2004 que regula el Centro Criptológico Nacional integrado, orgánica y funcionalmente, en el CNI.

Del conjunto de estos artículos se desprende que es competencia del Secretario de Estado Director el control de la cúpula directiva del CNI<sup>223</sup>, la dirección y control del CCN, el reparto interno de los fondos públicos destinados al Centro<sup>224</sup> – lo que implica su control-, la firma de contratos y convenios<sup>225</sup> –*idem*- y el patrimonio del Centro<sup>226</sup>.

#### **2.2.4.2. El control externo**

El control externo puede correr por cuenta del Gobierno, del Tribunal de Cuentas, del Parlamento, del Poder Judicial y de los medios de comunicación.

---

<sup>222</sup> Art. 9 Ley 11/2002: "1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia será nombrado por Real Decreto a propuesta del Ministro de Defensa. El mandato será de cinco años, sin perjuicio de la facultad del Consejo de Ministros de proceder a su sustitución en cualquier momento. 2. Corresponde al Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia impulsar la actuación del Centro y coordinar sus unidades para la consecución de los objetivos de inteligencia fijados por el Gobierno, asegurar la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos y ostentar la representación de aquél. Asimismo, le corresponde: a) Elaborar la propuesta de estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia y nombrar y separar a los titulares de sus órganos directivos. b) Aprobar el anteproyecto de presupuesto. c) Mantener los procedimientos de relación necesarios para el desarrollo de las actividades específicas del Centro Nacional de Inteligencia, así como la celebración de los contratos y convenios con entidades públicas o privadas que sean precisos para el cumplimiento de sus fines. d) Mantener y desarrollar, dentro del ámbito de su competencia, la colaboración con los servicios de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los órganos de la Administración civil y militar, relevantes para los objetivos de inteligencia. e) Ejercer las facultades que otorgue la legislación vigente a los Presidentes y Directores de Organismos públicos y las que les atribuyan las disposiciones de desarrollo. f) Desempeñar las funciones de Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia y la dirección del Centro Criptológico Nacional. g) Realizar cuantas otras funciones le sean atribuidas legal o reglamentariamente".

<sup>223</sup> Del puesto de subdirector general hacia arriba son nombrados por el Secretario de Estado Director como se desprende del art. 9.2.a) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, en relación con el art. 1.d) del RD 436/2002.

<sup>224</sup> Art. 3 del RD 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de inteligencia.

<sup>225</sup> Y la determinación del régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos: "Corresponde al Secretario de Estado Director del Centro la fijación, mediante disposición interna, de los criterios que determinarán en cada caso el régimen jurídico de la contratación". Art. 4 RD 593/2002.

<sup>226</sup> Art. 5 RD 593/2002: "Respecto a su patrimonio propio, podrá adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar y enajenar, bienes y derechos de cualquier clase, tanto en territorio nacional como en el extranjero con el único requisito de la previa declaración de necesidad de su Director..."

#### **2.2.4.2.1. El control del Gobierno**

Antes de la reforma de 2002 solamente había existido, “en la práctica, el control del órgano superior -¿Ministro de Defensa, Presidente del Gobierno?- quien, como única medida de control, se ha limitado a depositar su confianza en la persona del Director General del CESID.”<sup>227</sup> Se ha dicho que de todas formas siempre ha existido un control implícito por parte del gobierno puesto que éste marca a los servicios lo que han de hacer pero con frecuencia acontece lo contrario: “Año tras año, es el propio CESID el que le cuenta al Gobierno los temas que va a investigar. Los analistas... enumeran los temas mas importantes... Después se los pasan a sus jefes, que juntan las propuestas de todos ellos, seleccionan... en lo que técnicamente denominan Núcleo Básico de Información. Posteriormente pasan estos objetivos al Gabinete del Director... para crear un nuevo documento, el llamado Elemento Esencial de Información. Este expediente se lo entrega el director al Gobierno, que lo rubrica convirtiéndolo en Plan Permanente de Información sin cambiar una sola coma.”<sup>228</sup> De otro lado, la unicidad del servicio constituía una dificultad añadida para el control del ejecutivo. La multiplicidad de los servicios de inteligencia ayuda a mejorar el control sobre ellos. Se controla mejor la parte que el todo. Además los cruces de datos, informes y opiniones de las diferentes partes proporcionan una idea mas cabal de la calidad del producto obtenido y de su repercusión en el proceso de toma de decisiones permitiendo, de esta manera, un mejor control de los recursos asignados.

---

<sup>227</sup> Sáinz de la Peña, Jose Antonio, y Marquina, Antonio; *op. cit.*; págs. 42 y 43.

<sup>228</sup> Rueda, Fernando; *op. cit.*; págs. 43 y 44.

Hasta la reforma de 2002 no ha existido un control eficaz por parte del ejecutivo –aparte la posibilidad de destituir al Director- porque los sucesivos gobiernos de la España democrática han preferido permanecer de espaldas, como no se ve no se sabe, como no se sabe no se es culpable, y si no hay culpa no hay responsabilidad. El argumento en sí mismo es pueril, tan culpable se es por acción como por omisión, y si el gobierno no controla a sus servicios de información es culpable *in vigilando* y culpable *in eligendo*, porque es el gobierno quien designa a su director y máximo responsable.

Si, como parece, no es posible eludir la responsabilidad del ejecutivo lo mejor, *de facto et de iure*, es que el gobierno asuma el control del Centro. Semejante actitud redundaría en beneficio de la inteligencia: mayor sintonía con el ordenamiento jurídico, menos escándalos, menor desgaste político para el ejecutivo<sup>229</sup>.

Tras la reforma de 2002 existe un control de eficacia que se atribuye expresamente al Ministro de Defensa: "El Centro Nacional de Inteligencia estará sometido a un control de eficacia que será ejercido por el Ministro de Defensa, sin perjuicio de los controles asignados a la Intervención General de la Administración del Estado y al Tribunal de Cuentas por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tendrá la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados"<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Otra cosa perjudicaría a gobernantes –más escándalos- y gobernados –más indefensión, más indigencia-, en contra de la tesis de quien fuese el primer catedrático de derecho natural, Samuel von Puffendorf, que defendía el Estado como forma de remediar la *imbecillitas* humana (recuérdese que imbecil viene de bastón, *in baculus*, el que necesita apoyarse porque no puede valerse por sí mismo). Curioso contrasentido el que produce la falta de control del gobierno sobre los servicios: parafraseando a Puffendorf se podría hablar de "inteligencia imbecil" para designar aquella inteligencia sin control, que no rinde cuentas ni observa límites, que en vez de prestar apoyo a la sociedad rompe el bastón a garrotazos sobre su columna vertebral, el ordenamiento jurídico.

<sup>230</sup> Art. 8 del RD 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del CNI.



Por su parte, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia debe: "a) Proponer al Presidente del Gobierno los objetivos anuales del Centro Nacional de Inteligencia que han de integrar la Directiva de Inteligencia. b) Realizar el seguimiento y evaluación del desarrollo de los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia. c) Velar por la coordinación del Centro Nacional de Inteligencia, de los servicios de información de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y los órganos de la Administración civil y militar."<sup>231</sup> El punto a) exige un control *a priori* de los objetivos del Centro, control que se completa *a posteriori* en el apartado b). Finalmente, "velar por la coordinación" significa controlar la coordinación que haga el Centro Nacional de Inteligencia.

Además, el Ministro de Defensa y el Presidente del Gobierno tienen un papel destacado en el control de los fondos reservados<sup>232</sup> asignados al CNI. Corresponde al Ministro de Defensa<sup>233</sup> "determinar la finalidad y destino de estos fondos y las autoridades competentes para ordenar su realización"<sup>234</sup> y hacer el seguimiento de los mismos del cual debe informar periódicamente al Presidente del Gobierno<sup>235</sup>; es decir, tanto el Ministro como el Presidente están al corriente de la utilización de los fondos reservados, luego ejercen un control sobre ellos.

---

<sup>231</sup> Artículo 6.4 de la Ley 11/2002.

<sup>232</sup> "Tienen la consideración de fondos reservados los que se consignan como tales en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y que se destinen a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado. Dichos gastos se caracterizan respecto a los demás gastos públicos por la prohibición de publicidad y por estar dotados de un especial sistema de justificación y control". Artículo 1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo.

<sup>233</sup> Solo tres ministerios disponen de fondos reservados: Defensa, Exteriores e Interior. Art. 4.1 de la Ley 11/1995.

<sup>234</sup> Artículo 4 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de los gastos reservados.

<sup>235</sup> "Periódicamente, los titulares de los Departamentos a los que se refiere el apartado 1 de este artículo (Defensa, Interior y Exteriores) deberán informar al Presidente del Gobierno sobre la utilización de los créditos para gastos reservados que se hayan consignado". Artículo 4.2 de la Ley 11/1995.

#### **2.2.4.2.2. El control de la Agencia de Protección de Datos**

Entrado ya el siglo XXI, la Sociedad de la Información y la informática van de la mano. Es por ello que en la actualidad no es una cuestión menor el almacenamiento y tratamiento informatizado de los datos de carácter personal regulado en nuestro país por la Ley Orgánica de Protección de Datos.

La obtención, tratamiento y transmisión de datos que efectúen los servicios de inteligencia “se halla controlada en el nivel estatal por la Agencia de Protección de Datos Personales, en la que deben estar registrados los ficheros de los servicios de inteligencia que contengan y traten este tipo de datos”<sup>236</sup>.

De los artículos 22 y 37 de la Ley Orgánica de Protección de Datos se desprende que los ficheros de los servicios de inteligencia integrados en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben ser objeto de registro permanente, están sujetos al régimen general de la LOPD, la Agencia está facultada para requerir a los responsables de tal forma que el tratamiento de los datos se ajuste a lo dispuesto en la propia LOPD pudiendo, en caso contrario, ordenar “la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros”<sup>237</sup>.

#### **2.2.4.2.3. El control del Tribunal de Cuentas**

El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador “de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.”<sup>238</sup> Depende directamente de las Cortes Generales y ejerce sus funciones por delegación de

---

<sup>236</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 245.

<sup>237</sup> Artículo 37. f) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD).

<sup>238</sup> Art. 136 de la CE.

ellas. Se trata de una jurisdicción especial administrativa<sup>239</sup> que actúa en un sector muy delimitado del ordenamiento jurídico, el que afecta a la contabilidad del estado con una doble función fiscalizadora y de enjuiciamiento de la responsabilidad contable.<sup>240</sup>

El Tribunal de Cuentas debe controlar el dinero público que se asigna al Centro de forma directa, en lo que no sean fondos reservados, y por lo que a estos atañe, a través del informe anual que debe remitirle<sup>241</sup> el presidente de la Comisión de gastos reservados del Congreso de los Diputados<sup>242</sup>. La dispensa de soporte documental de los gastos reservados<sup>243</sup> no implica falta de control sobre los mismos.

#### **2.2.4.2.4. El control de la Intervención General de la Administración del Estado**

El artículo 6 del RD 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia establece que el Servicio "estará obligado a rendir cuentas de sus operaciones en los plazos previstos en la Ley General Presupuestaria y disposiciones que la desarrollen sustituyendo la documentación que pudiera revelar materias legalmente clasificadas por un certificado de cumplimiento de la normativa vigente, que se remitirá al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado"<sup>244</sup>.

<sup>239</sup> No encuadrada en el poder judicial.

<sup>240</sup> Art. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

<sup>241</sup> Al Tribunal de Cuentas y al Presidente del Gobierno.

<sup>242</sup> Art. 7.4 de la Ley 11/1995 reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

<sup>243</sup> Art. 5 de la Ley 11/1995. Y el hecho de que ostenten la calificación de "secreto". Art. 3.

<sup>244</sup> "...antes del 31 de julio del ejercicio siguiente al que se refieren." Art. 6 del RD 593/2002 por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario.

Las cuentas<sup>245</sup> del Centro se formulan en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio “poniéndolas a disposición del Interventor Delegado (de la Administración General del Estado) en dicho Centro para la auditoria de las mismas prevista en el artículo 129 de la Ley General Presupuestaria” puesto que el régimen de contabilidad del Centro Nacional de Inteligencia es el que establece la propia Ley General Presupuestaria.

En cuanto al régimen de control del Centro hay que reseñar que está sometido a control financiero permanente “con el objeto de verificar que la gestión económico-financiera se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia, ejerciéndose por la Intervención Delegada destacada en el mismo”<sup>246</sup>.

El Interventor General de la Administración del Estado puede indicar al Interventor Delegado la pertinencia de emitir cualesquiera otros informes y la fecha en que tales informes deben estar concluidos “dentro del Plan de auditorias y actuaciones de control financiero”<sup>247</sup>. Los informes de este modo solicitados “se custodiarán en la Intervención Delegada del Centro Nacional de Inteligencia remitiéndose al Interventor General de la Administración del Estado aquellos que determine expresamente”, según establece el art. 7 del RD 593/2002.

---

<sup>245</sup> “Las citadas cuentas permanecerán depositadas y bajo custodia en el CNI durante el plazo legalmente establecido”. Art. 6 RD 593/2002.

<sup>246</sup> Art. 7 RD 593/2002.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

#### 2.2.4.2.5. El control del Parlamento

La Ley 11/2002 introduce el control parlamentario<sup>248</sup> “por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico”<sup>249</sup>. La Ley “refuerza el control parlamentario de dos formas: de un lado, manteniendo el control de los fondos reservados y, de otro, ampliándolo al conocimiento de los objetivos anuales del Centro y a la fiscalización de los mismos”<sup>250</sup>.

Era ésta una reforma necesaria. Con anterioridad a la Ley 11/2002, de 6 de mayo, ciertamente el Parlamento podía hacer comparecer al Ministro responsable del Servicio, o una Comisión hacer comparecer a algún dirigente del Centro –como de hecho sucedió-, e incluso valerse del Defensor del Pueblo<sup>251</sup> en su calidad de alto comisionado de las Cortes Generales. Pero lo

<sup>248</sup> No se olvide la necesaria precisión de la ley para que el control parlamentario sea eficaz: “Al Parlamento le es posible, sin duda, fiscalizar la ejecución de aquellas tareas en las que pueda dar direcciones definidas”. Hayek, Friedrich; *op. cit.*, pág. 101.

<sup>249</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 54. Se refiere de forma expresa, esto es, más allá de las posibilidades que plantean el art. 109 CE (“Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”) y el art. 10.2 de la Ley de Secretos Oficiales (“La declaración de “materias clasificadas” no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas”).

<sup>250</sup> *Ibidem*, pág. 55. Artículo 11 de la Ley 11/2002: “1. El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto. 2. La citada Comisión del Congreso de los Diputados tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada. 3. Los miembros de la Comisión correspondiente estarán obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban. Una vez examinados los documentos, serán reintegrados al Centro Nacional de Inteligencia para su debida custodia, sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones. 4. La Comisión a que se refiere este artículo conocerá de los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno y del informe que, también con carácter anual, elaborará el Director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior”.

<sup>251</sup> “Quien tiene garantizada la máxima información” Art. 22 de la Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo (LODP). Cousido González, M<sup>a</sup> Pilar; Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento; Barcelona, 1995, págs. 99 y 100. El art. 22 de la LODP dice así: “1. El Defensor del Pueblo podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluso aquellos clasificados con el carácter de secreto de acuerdo con la Ley. En este último supuesto, la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio... 3. Cuando entienda que un documento declarado secreto y no remitido por la Administración pudiera afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación, lo pondrá en conocimiento de las Comisiones del Congreso y del Senado a que se refiere el artículo 2º de esta Ley”.

que no existía era una comisión *ad hoc*, para conocer de estos asuntos y hacer un seguimiento de los mismos. Frente a esta posibilidad se alzaron voces que clamaban contra las posibles filtraciones y la desconfianza que pudiesen generar en servicios amigos. Ante estos argumentos hay que decir que de la misma forma que el avance de la civilización conlleva consecuencias nefastas no deseadas (contaminación, deforestación), o que un fin de semana puede suponer la muerte en la carretera de muchas personas y no por ello la humanidad deja de progresar, ni deja de ir de vacaciones, así la necesidad de ajustar los servicios de inteligencia al estado de derecho puede suponer, a corto plazo, alguna filtración, alguna merma de la eficacia de los mismos. No obstante, hay que tomar conciencia de que el respeto a los valores fundamentales del estado de derecho –llevado tan lejos como sea posible– mejora a medio plazo la calidad de los servicios porque es la convicción de estar defendiendo unos valores justos –la identificación– lo que hace fuerte a este tipo de organizaciones. Algunos ejemplos: los dos mejores servicios de inteligencia al decir de todos los entendidos<sup>252</sup> durante la Segunda Guerra Mundial fueron la Organización Gehlen y la Orquesta Roja. En ambos casos sus agentes están absolutamente imbuidos de los principios que defienden, salvemos Alemania, defendamos el comunismo. Cuanto más coherente es el Servicio con los valores que defiende el Estado menor es el grado de disonancia y menores las ventanas de vulnerabilidad del mismo.

En sentido contrario: ¿Puede decirse que son más eficaces los servicios no democráticos? ¿Es más de fiar un servicio como el marroquí que aún paga en drogas? ¿Obtiene un producto superior? ¿Presenta menos desviaciones o

---

<sup>252</sup> Perote hablaba de ellos en su intervención en el Seminario “Servicios Secretos y Secretos de Estado” celebrado en Castro Urdiales en julio de 2005 dentro de los Cursos de Verano de la Universidad de Cantabria.

vulnerabilidades un servicio como el cubano? ¿Contribuye de una manera más eficaz al proceso de toma de decisiones por el gobierno? No<sup>253</sup>, no son más eficaces ni mejores, porque el interés del tirano reemplaza a los intereses del Estado. Esto hace que el grado de identificación con los valores sea notoriamente bajo, no existen más vínculos que el temor y el dinero, y siempre hay alguien que puede pagar un millón de euros más. Además, este tipo de Servicios "*nec nostri saeculi est*"<sup>254</sup>.

De todas formas, con la idea de minimizar los posibles riesgos, la Ley 11/2002, en su artículo 11, establece algunas garantías, a saber, el contenido de las sesiones y sus deliberaciones será secreto; la Comisión no tendrá acceso a aquellas materias clasificadas relativas a las fuentes y medios del Centro, ni a aquellas procedentes de fuentes extranjeras según lo acordado en los convenios de intercambio de información; finalmente, la Comisión no puede retener originales, copias o reproducciones.

Es interesante reseñar que el control parlamentario se extiende hacia el futuro y hacia el pasado. La Comisión conocerá de los objetivos programados por el Gobierno para el año próximo y conocerá también, en boca del Secretario de Estado Director, hasta qué punto se han cumplido los objetivos asignados para el año pasado<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> A favor del control parlamentario de los servicios de inteligencia hay que añadir que "donde se institucionaliza el control político que hace posible el estado democrático es en... el Parlamento, que es donde se advierte la conexión entre participación y control como núcleo de la democracia representativa. Precisamente la agilidad del Parlamento, mostrada en buena medida en los trabajos de sus comisiones ordinarias, pero más aún de las comisiones de investigación constituidas sobre "cualquier asunto de interés público" según el art. 76 CE, y por más que se deban limitar a las responsabilidades políticas, constituye, en mi opinión, el mejor criterio de juicio de la salud democrática porque sin ellas no hay control por parte de quien no es mayoría, ergo no hay juego parlamentario." De Lucas, Javier, "De secretos mentiras y razones de estado"; Claves de Razón Práctica nº 52, pág. 23.

<sup>254</sup> En expresión de Trajano en carta a Plinio. "No sería propio de nuestro siglo", ni de la condición de país occidental, democrático y avanzado, que ostenta España, ni de su configuración como estado democrático de derecho.

<sup>255</sup> Artículo 11.4 Ley 11/2002.

Ahora bien, este control parlamentario es en realidad el control ejercido por el Congreso<sup>256</sup>. ¿Qué ocurre con el Senado? El Reglamento del Congreso en su artículo 7 garantiza a los diputados la facultad de recabar de las administraciones públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas y ya hay antecedentes en el caso de solicitudes individuales de material clasificado, asunto recogido por el Reglamento<sup>257</sup> y sendas resoluciones de la Presidencia<sup>258</sup>.

En cambio, el Reglamento del Senado nada dice sobre el acceso de los senadores al material clasificado. La referencia se encuentra en el artículo 10.2 de la Ley de Secretos Oficiales: "La declaración de "materias clasificadas" no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas".

Así las cosas, hay que concluir que el Senado es titular de una potestad que sólo podrá ejercer cuando el Reglamento determine la forma correspondiente, si es que los partidos políticos quisieran equiparar ambas cámaras, cosa que, dada la preeminencia del Congreso y la cantidad de asuntos de los que sólo se ocupa esta cámara (moción de censura, voto de confianza, investidura, legislación delegada,...) pudiera acontecer que ésta fuese una de tales materias a añadir en una larga lista.

---

<sup>256</sup> Conoce de estos asuntos la Comisión de Fondos Reservados presidida por el Presidente del Congreso.

<sup>257</sup> Parte de la doctrina (Cano Bueso) ha entendido que la frase del Artículo 7 del Reglamento que dice que la Administración deberá suministrar la información solicitada o manifestar al Presidente las razones fundadas en derecho que lo impidan, da pie a la solicitud individual por los diputados de información clasificada, sin que hasta la fecha ninguno haya utilizado –individualmente– tal posibilidad.

<sup>258</sup> "La exclusión de los diputados individuales del régimen especial de conocimiento de las materias clasificadas que operó la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre de 1986 (antecedente de la de 2 de junio de 1992) fue recurrida en amparo ante el TC (STC 118/1998, de 20 de junio), pero éste rechazó el recurso por una cuestión formal sin entrar en el fondo del mismo". Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 249.



#### **2.2.4.2.6. El control judicial**

“El poder judicial hace posible el estado de derecho a través del control jurisdiccional”<sup>259</sup>. Lo característico de la democracia “no es que no exista el abuso o la corrupción, sino la posibilidad de denunciarlo”<sup>260</sup>. Todas las democracias incorporan mecanismos totalitarios en mayor o menor medida y todos los ordenamientos jurídicos que en el mundo han sido presentan antinomias, o falta de validez, o de eficacia, en alguno de sus extremos. De lo que se trata es de conseguir un ordenamiento jurídico, una democracia y un estado de derecho con las menos fracturas posibles. Si no se puede erradicarlas se debe luchar por disminuirlas, siempre es preferible del mal el menos. Por otro lado, debe quedar definitivamente desterrada la cultura jurídica<sup>261</sup> que impone la seguridad nacional como valor preponderante sobre cualquiera otro que con el pudiera entrar en conflicto: “la seguridad pública es un valor que hay que conciliar con los demás recogidos en el Preámbulo de la Constitución como fines de la acción de Gobierno. El argumento de que la autoconservación es un valor de carácter último, con capacidad de anular otros intereses públicos carece de fundamento y ha servido sólo como coartada para desatender los valores mas profundos de nuestro texto constitucional”<sup>262</sup>.

La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia da respuesta al artículo 12 de la Ley 11/2002<sup>263</sup> e introduce el control judicial en nuestro ordenamiento jurídico “no

---

<sup>259</sup> De Lucas, Javier; *op. cit.*, “Claves de Razón Práctica”, nº 52, pág. 23.

<sup>260</sup> *Ibidem*, pág. 28.

<sup>261</sup> Con sólidas raíces en Maquiavelo y Hobbes cuando habla del estado entendido como Dios-mortal. Sin embargo no hay ninguna razón que justifique una excepción de juicio ético respecto del poder público que repercute en todos.

<sup>262</sup> Cita de Revenga Sánchez, Miguel; “El control de las acciones encubiertas en Estados Unidos”; “Claves de Razón Práctica”, nº 64, pág. 27, referida al artículo de Meiklejohn, Alexander; “The Balancing of Self-Preservation Against Political Freedom”; “Revista de Derecho de California”, nº 49.

<sup>263</sup> Art. 12 Ley 11/2002: “El control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia se llevará a cabo en la forma prevista en la Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia”.

sólo por primera vez, sino que se trata de un sistema pionero en nuestro entorno. En este sentido, la Ley se separa del derecho comparado por atribuir al Poder Judicial el control de la actividad de los servicios de inteligencia evitando así, a diferencia de otros sistemas europeos, la existencia de zonas inmunes a la actuación de los poderes públicos”<sup>264</sup>.

Históricamente se han puesto por la doctrina dos objeciones principales al control judicial de los servicios de inteligencia. La primera de ella tiene que ver con la necesaria (o no) renuncia de alguna de las características inherentes al poder judicial para poder conocer de esta materia y en concreto con los principios de publicidad y contradicción<sup>265</sup>. El escollo puede salvarse haciendo una “interpretación sistemática del artículo 24 CE en conexión con el artículo 105.b) que hiciere constitucionalmente admisible el examen *in camera* de las pruebas. Partiendo de la aguda observación de Díez-Picazo<sup>266</sup> de que el artículo 105.b) supone un límite al acceso a los archivos por los ciudadanos, pero no por los jueces, podríamos (llevando el argumento más lejos) considerar que constituye una excepción al artículo 24 CE, de suerte que, por un lado se garantizaría la tutela judicial (art. 24 CE) y, por otro, se impediría la tutela de materias que afecten a la seguridad nacional”<sup>267</sup>.

La segunda objeción –muy británica y aceptada comúnmente en su ordenamiento jurídico- tiene que ver con el hecho de juzgar con criterios

---

<sup>264</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; págs. 54 y 55.

<sup>265</sup> Arts. 120 y 24 de la CE.

<sup>266</sup> Díez-Picazo; Luis María; *op. cit.*, págs. 27 a 29.

<sup>267</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 253. Este examen *in camera* por parte del juez podría ser utilizado también para salvar las objeciones que reiteradamente se han hecho por Ollé y Gimbernat respecto de la imposibilidad de conocer, una vez levantado el secreto de sumario, las actuaciones del Magistrado del Tribunal Supremo encargado de los casos del CNI, actuaciones que están clasificadas como secretas. Amparándose en tal carácter secreto el Supremo se las negó al profesor Ollé –abogado defensor del caso Florez-. El juez podría revisar si hubo actuaciones por parte del Magistrado del Supremo, y cuáles fueron las motivaciones que se adujeron para ser tomadas.

jurídicos lo que tiene naturaleza esencialmente política<sup>268</sup>. Sin embargo, los jueces españoles conocen de otros asuntos que tienen naturalezas esencialmente bien distintas a las jurídicas, ya sean médicas, arquitectónicas o cualesquiera otras y los resuelven mediante la aplicación de la ley, los principios generales del derecho, la ayuda de peritos y, si hay conflicto de derechos, como es el caso que nos ocupa, ponderando los derechos en conflicto independientemente de su naturaleza. Por muy político que sea el acto, aunque sea muy discrecional, siempre hay una posibilidad de control judicial, incluso mínima, en castellano “discrecional” no es sinónimo de “libérrimo”, y “difícil” no es sinónimo de “imposible”.

Abundando en lo anteriormente expuesto, téngase en cuenta que el juicio de ponderación sobre los requisitos de proporcionalidad y mínimo sacrificio corresponde al legislador<sup>269</sup>. Sin embargo, cabe “un control de constitucionalidad, ceñido a la comprobación de si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza, como dice la STC 55/1996 (con cita de las SSTC 66/1985, 19/1988, 50/1995) para comprobar si de modo manifiesto, existen medios alternativos menos restrictivos de derechos para la consecución, igualmente eficaz, de las finalidades queridas por el legislador”<sup>270</sup>

<sup>268</sup> García Fernández, Javier; *El Gobierno en acción*; Madrid, 1995, págs. 163 y 164. Aún más allá va Rafael del Aguila: “No hay posibilidad de controlar mediante la lógica de la legalidad si hubo buen o mal uso del secreto de Estado porque la definición de lo que es un buen o mal uso del secreto no se refiere encubre o no acciones ilegales sino a si éste protege o no la seguridad del Estado”. Del Aguila, Rafael; *op. cit.*; pág. 328. En cambio, Miguel Revenga, apoyándose en lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Klass, recuerda “la necesidad de estatuir mecanismos eficaces de control sobre la utilización por el ejecutivo de las medidas excepcionales, un control que debería confiarse en último extremo al Poder Judicial, pues es dicho poder, dice el párrafo 58 de la sentencia Klass, *el que ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento legal*”. Revenga, Miguel; “Servicios de inteligencia: La ley imprescindible”, “Claves de Razón Práctica”, nº 110, pág. 32.

<sup>269</sup> “No solo por el carácter de abstracción del principio mismo (STC 62/1982) sino por su condición de representante en cada momento histórico de la soberanía popular (SSTC 1/1981, 332/1994)”. Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

La LO 2/2002, de 6 de mayo, establece un control judicial de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la CE. “Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”<sup>271</sup>.

La Ley Orgánica de artículo único, instauro la figura del Magistrado<sup>272</sup> del Tribunal Supremo que conocerá de los asuntos del Centro<sup>273</sup>. “El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Exposición de Motivos de la LO 2/2002.

<sup>272</sup> “Tal vez se debería haber previsto la creación de un órgano formado, al menos, por tres Magistrados, ya que de esta manera se puede asegurar mejor el control de las medidas que se soliciten. En los debates parlamentarios ya se hizo una crítica en este sentido, y se llegó a pedir la competencia de la Sala segunda en pleno”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 120.

<sup>273</sup> La propuesta de nombramiento –del Magistrado titular y del suplente– corresponde al pleno del CGPJ entre Magistrados del Tribunal Supremo de las Salas de los Penal o de la Contencioso Administrativa que cuenten con tres años de servicios en la categoría, por un periodo de cinco años.

<sup>274</sup> Art. 1.1. LO 2/2002.

El escrito de solicitud deberá contener: “a) Especificación de las medidas que se solicitan. b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas. c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse. d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad”<sup>275</sup>.

El Magistrado decidirá mediante resolución motivada en un plazo de 72 horas (24 para casos de urgencia debidamente justificados).

Finalmente, el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 2/2002 dispone que “el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”<sup>276</sup>.

El informe, preceptivo y no vinculante, del Consejo General del Poder Judicial, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica 2/2002<sup>277</sup>, alaba entre otras muchas virtudes de la citada disposición, el cumplimiento del principio de legalidad en lo tocante a la limitación de los

---

<sup>275</sup> Art. 1.2 LO 2/2002.

<sup>276</sup> Según Pérez Villalobos, “esta actividad no está supervisada por el Magistrado al que ni siquiera se le dan los instrumentos para comprobar que la autorización ha sido debidamente utilizada. Esto hace que el control se convierta en un acto meramente formal, y no en un control judicial real y efectivo”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 121.

<sup>277</sup> Este informe previo contiene las bases jurídicas que han sido esgrimidas en 2008, 2010 y 2011 en la controversia entre Cussac, Ollé y Gimbernat, en diferentes artículos publicados en los diarios “El Mundo” y “ABC” de fechas 30 de abril de 2008 (Gimbernat, “El Mundo”), 19 de diciembre de 2010 (Ollé, “El Mundo”), 27 de diciembre de 2010 (Cussac, “ABC”) y 6 de enero de 2011 (Gimbernat y Ollé, “El Mundo”).

derechos fundamentales<sup>278</sup> y el hueco legislativo que llena esta ley, pero también hace algunas críticas que no han sido recogidas por el legislador<sup>279</sup>. Así, por ejemplo, no se concreta la posición del Mº Fiscal en la causa, no se configura el derecho del titular de las libertades sacrificadas a conocer la actuación judicial<sup>280</sup> y a luchar contra ella<sup>281</sup> y no se precisa el régimen de control para caso de colisión con otros derechos fundamentales. En cambio, otras críticas sí fueron debidamente atendidas, *exempli gratia*, la precisión de la sala de procedencia del magistrado o la “singular precisión” que se requiere al detallar procedimiento, solicitud y tiempos<sup>282</sup>.

Sería conveniente, con la intención de llevar el estado de derecho tan lejos como sea posible, modificar la redacción de esta ley haciéndola más precisa (objeción de la profesora Péres Villalobos), permitiendo que un fiscal *ad hoc* sea parte del proceso velando por la legalidad en la adopción y ejecución de la medida (objeción del CGPJ y del profesor Ollé) y articular la posibilidad

---

<sup>278</sup> Aunque hay quien no está de acuerdo. A Pérez Villalobos no le parece que la ley sea suficientemente precisa: “Es verdad que al juez se han de proporcionar una serie de datos importantes como el derecho que se pretende restringir, la medida concreta que se solicita, los hechos en que se apoya la solicitud, los fines y razones que aconsejan la adopción de la medida, su tiempo de duración, etc; pero este contenido, aun con ser necesario, no es suficiente, por cuanto el juez necesita tener un conocimiento más concreto, y la redacción del artículo permite que el Director del CNI aporte una mínima información al juez. Esto significa que el Magistrado no podrá ponderar adecuadamente la proporcionalidad... El juez deberá rechazar aquellas propuestas que no estén plenamente justificadas, y la ley no es clara”. Pérez Villalobos, Mª Concepción; *op. cit.*; pág. 121.

<sup>279</sup> Cfr. Informe, de 6 de noviembre de 2001, del Consejo General del Poder Judicial, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, epígrafe IV “Consideraciones particulares al anteproyecto”, págs. 11 a 15.

<sup>280</sup> En un e-mail enviado por el profesor Ollé y recibido por el doctorando el día seis de enero de 2011 dice éste que la posibilidad de intervención de las comunicaciones y entradas en domicilios deben encuadrarse en las funciones propias del CNI, “promover y proteger los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, Ley 11/2002, art. 4”. Según Ollé y Gimbernat no es posible intervenir las comunicaciones ni entrar en domicilio ajeno sino en el marco de un auténtico procedimiento judicial penal y siempre que existan serios indicios de que se ha perpetrado o se va a perpetrar un delito. Un auténtico procedimiento judicial penal supone para ellos una resolución habilitante motivada (que pueda ser revisada cuando se alce el secreto de sumario, ya se dijo anteriormente que esta objeción puede ser salvada con un examen *in camera*) y la intervención del ministerio fiscal, cosa que no se da con la actual legislación.

<sup>281</sup> La STC 49/1999 determina que cuando se alza la medida el interesado ha de tener la posibilidad de conocerla e impugnarla en clara concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del CEDH: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el... Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una jurisdicción nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Se abre aquí una puerta para posibles demandas con base en el voto particular, en parte discrepante, de los jueces señores Matscher y Pinheiro Farinha en el caso Malone contra Reino Unido.

<sup>282</sup> En concordancia con lo dispuesto en la STC 49/1996.

del examen *in camera* por parte del juez que conoce del caso concreto para garantizar la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

#### **2.2.4.2.7. El control por los medios de comunicación**

No es cierto ni verosímil que los *media* deban abstenerse de conocer cuanto al Centro respecta o atañe. Las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas por todos.

Ahora bien, “no se trata ya de un simple interés, sino del fundamental derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos con la máxima información posible que hoy se encuentra protegido por el art 23.1<sup>283</sup> de la Constitución española de 1978”<sup>284</sup>. Si aceptamos que la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, o como decía Bobbio, el gobierno del poder público en público, éste ha de estar debidamente informado para participar y fiscalizar a sus representantes. La regla general es la publicidad y la excepción, el secreto porque el secreto como apuntaba Beccaria es el mas fuerte escudo de la tiranía. Hay que considerar que no todo lo que se refiere al Centro tiene la consideración de secreto. Es secreto el nombre de un agente cualquiera, pero no el de su director. Son secretas las operaciones encubiertas, pero no las conferencias ni los seminarios a las que sus miembros suelen acudir. Es decir, no toda la actividad del Centro es secreta, en consecuencia, hay una parte considerable que no está sujeta a ningún tipo de restricción informativa y esa parte debe llegar en extensión “tan lejos como sea posible”, que diría Meiklejohn.

---

<sup>283</sup> Art. 23.1CE: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”

<sup>284</sup> Cousido González, M<sup>a</sup> Pilar; *op. cit.*, pág. 10.

El público tiene derecho a conocer<sup>285</sup> y los servicios tienen el deber de ocultar<sup>286</sup>, pero no todo. La parte que puede ser conocida debe serlo, porque el ciudadano tiene derecho, porque ese conocimiento acerca el servicio a la sociedad, porque el conocimiento anula el miedo –se teme lo que no se conoce–, porque mejora la percepción del servicio a los ojos del ciudadano y porque en última instancia *-velis,nolis-* “siempre serán objeto del interés público”<sup>287</sup>.

Para que el pueblo español pueda controlar a sus servicios de inteligencia y pueda ejercer su derecho al voto con pleno conocimiento es necesaria una información veraz<sup>288</sup> que fluya de una manera natural a través de los medios de comunicación garantizada por un clima de confianza recíproco entre medios y servicios. Sin publicidad no es posible la participación del pueblo ni el control de los gobernantes, *quod ad omnes tangit ab omnibus aprobetur*, o, recordando el lema de los iluministas, ¡saber ayuda! Y ayuda tan decisivamente que sin el conocimiento de las actividades del estado no es posible el ejercicio democrático de los ciudadanos.

---

<sup>285</sup> “Lo opuesto al secreto es el conocimiento, y no la noticia, que es solo ilusión de conocimiento, y que, en manos de los aparatos de propaganda... son la mas perfecta coartada: procuran la ilusión de la máxima transparencia cuando, en realidad, el torrente de noticias, de escándalos y denuncias deja a menudo intactos los auténticos secretos.” De Lucas, Javier; *De secretos...*, op. cit., págs. 22 a 30.

<sup>286</sup> O por mejor decir, de dar a conocer de forma selectiva, en expresión de Aurelio Madrigal, ex Secretario General del CESID, utilizada en el informe publicado por la revista italiana “Limes” titulado “A quien sirven los servicios” en marzo de 1997. [www.limesonline.com](http://www.limesonline.com)

<sup>287</sup> Hansjörg Geiger, presidente del BND (inteligencia exterior alemana, de la inteligencia interior se ocupa el BfV) en conferencia celebrada en Jaca el 25 de septiembre de 1997.

<sup>288</sup> La mentira impide el acceso a la información y el control del poder. En 1778 se convocó un concurso “por la Academia Prusiana de las Ciencias y las Letras bajo el patrocinio de Federico II acerca de la cuestión ¿conviene engañar al pueblo?... (Condorcet) señala que el engaño nunca es un recurso lícito pues desvirtúa el propio punto de partida de la democracia, el principio de autonomía de mayoría de edad... Por su parte, se recordará como la exigencia del principio de publicidad y la exclusión correlativa del secreto y el engaño recorren toda la obra de Kant. Especialmente tajante son sus afirmaciones... sobre la mentira como el mayor crimen, por cuanto niega aquello de mas básico que hay en el hombre: su capacidad de comunicar con los demás.” De Lucas, Javier; *De secretos...*, op. cit., pág. 25.



La llamada al secreto y la negación de la publicidad es una apelación directa al miedo<sup>289</sup>. Hay que concluir con Bentham que “sin publicidad ningún bien es permanente, bajo los auspicios de la publicidad ningún mal puede durar”.

#### **2.2.5. La relación del CNI con otros órganos de inteligencia**

Se examina ahora la relación existente entre el Centro Nacional de Inteligencia y los restantes servicios que, dentro del estado, tienen idéntica finalidad, esto es, los servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, de la Guardia Civil, de la Policía Nacional, y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas españolas pudieran tener, o no, sus respectivos servicios de inteligencia.

##### **2.2.5.1. Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas**

Cada uno de los tres ejércitos tiene sus propios servicios de inteligencia militar que se hallan en los respectivos Estados Mayores. Además, el Estado Mayor Conjunto de la Defensa, órgano auxiliar del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, dispone del correspondiente órgano de inteligencia. Pues bien, a finales de 2000 el Ministerio de Defensa creó el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (CIFAS)<sup>290</sup> para coordinar los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas.

La relación del antiguo CESID con la inteligencia militar fluctuó según las necesidades del país. Desaparecido ya el horizonte de una posible involución es presumible que el CNI abandone esta necesidad en beneficio de otras

---

<sup>289</sup>Decía Hobbes que cuando su madre le dio a luz, tuvo gemelos, él y el miedo.

<sup>290</sup>“El País”, 9 de febrero de 2001, “Un general estará al frente del CIFAS, la nueva agencia de espionaje militar”.

nuevas. Hoy, el hecho de que el Secretario de Estado Director sea el único director de los servicios de inteligencia presente en la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia (en calidad de secretario), que el art. 9.2.d) de la Ley 11/2002 le atribuya como una de sus funciones “mantener y desarrollar, dentro del ámbito de su competencia, la colaboración con los servicios de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los órganos de la Administración civil y militar, relevantes para los objetivos de inteligencia”, y que el apartado f) de ese mismo artículo le atribuya las potestades propias de la Autoridad de Inteligencia y Contrainteligencia, todo ello en su conjunto, hace pensar en la figura del Secretario de Estado Director, como el coordinador de todos los servicios de inteligencia.

#### **2.2.5.2. La Jefatura de Información y Policía Judicial de la Guardia Civil**

Dentro de la Dirección General de la Guardia Civil existe una Subdirección General de Operaciones, al mando de un General de División, de la cual depende la Jefatura de Información y Policía Judicial de la Guardia Civil que debe ser mandada por un General de la Guardia Civil en servicio activo.

Durante mucho tiempo se ha considerado que la Guardia Civil es el servicio que más y mejor información tiene de lo que ocurre en España pues como muy bien hace notar Carlos Ruiz Miguel según la “Cartilla” de la Benemérita todos los Guardias Civiles se conducirán en todo momento como si estuvieran de servicio prestando la atención debida a cuanta información pueda ser de interés para desarrollar su trabajo. Esta Jefatura obtiene, trata y analiza información de interés para el orden y la seguridad pública en el ámbito de las funciones de la Guardia Civil y tiene asignada la “utilización operativa de la

información, especialmente en materia antiterrorista en el ámbito nacional e internacional”<sup>291</sup>.

Al igual que en el caso de los servicios de las Fuerzas Armadas, y con base en los mismos artículos de la ley 11/2002, el CNI debe coordinar también los servicios de información de la Guardia Civil.

#### **2.2.5.3. La Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía**

La Subdirección Operativa, dependiente de la Dirección General, está organizada horizontalmente en cinco comisarías, una de la cuales es la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía que capta y trata información relevante para el orden y la seguridad pública en el ámbito que le es propio a la Policía Nacional<sup>292</sup>. El Centro Nacional de Inteligencia, como en el caso de la Guardia Civil, debe coordinar su labor de inteligencia<sup>293</sup>. La creación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia muestra la “firme voluntad de desarrollar una verdadera Comunidad de Inteligencia en España”<sup>294</sup>.

#### **2.2.5.4. Los servicios de inteligencia autonómicos**

El debate jurídico es si pueden existir servicios de inteligencia autonómicos que, de haberlos, debieran ser coordinados por el CNI como parte de la comunidad de inteligencia española. El problema es real “...al menos la

---

<sup>291</sup> Art. 4.6 RD 1449/2000.

<sup>292</sup> Art. 3.5.a) RD 1449/2000

<sup>293</sup> Con fundamento jurídico en los artículos 6 y 9 de la Ley 11/2002.

<sup>294</sup> Son palabras de Nieves Bregante, miembro del Gabinete del Secretario de Estado Director del CNI en la obra colectiva coordinada por los profesores Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *op. cit.* pág. 124.

Comunidad Autónoma Vasca ha creado un servicio de este tipo<sup>295</sup> y recuérdese además que en la tramitación parlamentaria de la Ley 11/2002, Esquerra Republicana de Catalunya propuso crear una Comisión Operativa de Coordinación de Inteligencia en la que estén presentes responsables de los servicios de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de seguridad y orden público<sup>296</sup>.

No serían títulos habilitantes para la existencia de tales servicios aquellos que recogen competencias exclusivas del Estado (defensa nacional, relaciones internacionales...), ni la obligación pasiva de los poderes públicos de acatar la Constitución (lo que no implica la existencia de una obligación activa de carácter preventivo de defender la Constitución<sup>297</sup>), ni la defensa del Estatuto (la obligación es del Estado, art.147.1 CE)...

Sólo queda una posibilidad: acudir al concepto de seguridad pública recogido en el art. 149.1.29 CE: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 29. Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica".

Pues bien, la ley orgánica es la LOFCS (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, que regula las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y de las Policías Locales) que en sus Disposiciones Finales 1ª, 2ª y 3ª excluye a las policías autónomas vasca,

---

<sup>295</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 193.

<sup>296</sup> Pérez Villalobos, Mª Concepción; *op. cit.*; pág. 45.

<sup>297</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 195.

catalana y navarra del respeto al marco de la LOFCS vaciando claramente de contenido el precepto constitucional citado *ut supra*.

La comunidad autónoma vasca ha desarrollado su propio servicio de información<sup>298</sup> y tal hecho ha dado lugar a dos sentencias del Tribunal Constitucional (TC) suficientemente ilustrativas<sup>299</sup>.

La primera<sup>300</sup> resuelve el conflicto a favor del Gobierno Vasco con base en la Disposición Final Primera de la LOFC –ya comentada- y la caracterización de la actividad de información como inherente a la actividad de policía. En la segunda sentencia<sup>301</sup> –sin plantearse tampoco el TC la posible inconstitucionalidad de la Disposición Final 1ª de la LOFC- se distingue la actividad de información de la actividad de policía formando parte ambas de un concepto superior llamado seguridad pública.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere que las Comunidades Autónomas pueden arrogarse la potestad de policía, pero no la actividad de información que es competencia exclusiva del estado<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> Art. 106.1 Ley 4/1992 de Policía del País Vasco.

<sup>299</sup> SSTC 175/1999 y 235/2001.

<sup>300</sup> STC 175/1999 con voto particular del Magistrado Jiménez de Parga que incide en el necesario carácter supraautonómico de las actividades de información. A este voto particular se adhirieron también los Magistrados Garrido y Mendizábal.

<sup>301</sup> STC 235/2001.

<sup>302</sup> Este es el razonamiento que, de forma confusa, trataba de explicar el portavoz del PP –Manuel Atencia- tras la aprobación de las dos leyes por el Congreso: "...el portavoz del PP explicó que las Comunidades *no tienen servicios de inteligencia, sino servicios de información, que no es lo mismo*". "ABC", 8 de Marzo de 2002.

## **Capítulo II:**

# **Los servicios de inteligencia en el derecho comparado**

### **1. El primer mundo de los servicios de inteligencia**

La expresión “primer mundo de los servicios de inteligencia” tiene carácter ambivalente. Desde un punto de vista técnico-profesional haría referencia a aquellos que obtienen un mejor producto y demuestran una mayor eficacia. Desde un punto de vista jurídico estaría integrado por servicios pertenecientes a estados democráticos de derecho que respetan la limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos y libertades fundamentales, “tan lejos como sea posible”<sup>303</sup>, sin los cuales no es posible la existencia de un auténtico estado democrático de derecho<sup>304</sup>.

A efectos de esta tesis doctoral, y en lo sucesivo, cuando se hable de primer mundo de la inteligencia, entiéndase esta expresión desde un punto de vista estrictamente jurídico.

---

<sup>303</sup> En expresión de Alexander Meiklejohn.

<sup>304</sup> “Ciertamente es que los derechos fundamentales no revisten carácter absoluto, sino que su límite resulta de otros derechos fundamentales y de las leyes que desarrollen los mismos (STC 231/1988), pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que hayan de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57 y 143/1994)”. Informe del CGPJ, *op. cit.* pág. 7.

En consecuencia, los estados cuya regulación de los servicios de inteligencia va a ser analizada aquí tienen un mínimo común denominador, su condición de estados democráticos de derecho, lo que a su vez implica: asumir el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la Administración y el respeto a los derechos y libertades fundamentales<sup>305</sup>. Otra elección haría inviable el epígrafe de este capítulo: derecho comparado.

De entre todos ellos se han elegido los que cuentan con una comunidad de inteligencia más destacada, históricamente, en el plano internacional, esto es, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Alemania.

### 1.1. El caso de Israel

Ciertamente Israel cuenta con una comunidad de inteligencia<sup>306</sup> muy relevante en cuanto a prestigio, eficacia y consideración internacional, una comunidad “hija de la necesidad” dado el asedio sistemático al que se ha visto sometido Israel desde su fundación<sup>307</sup> y que convierte a los servicios secretos en la primera línea de defensa de una guerra que no cesa.

Israel, al que parte de la doctrina ha definido como estado semiparlamentario, carece de constitución formal<sup>308</sup> pero esto es irrelevante a los efectos de determinar si se trata o no de un estado democrático de

---

<sup>305</sup> Díaz, Elías; Estado de derecho y sociedad democrática; Madrid, 1988, pág. 31.

<sup>306</sup> La comunidad de inteligencia israelí está compuesta por tres servicios principales: Mossad, (exterior), Shin-Beth, (interior) y Amán (militar). El director general del Mossad, en argot “El Instituto”, es el *mehueme* de Israel, jefe supremo de la inteligencia del país. Es la comunidad de inteligencia mas pequeña en cuanto a número de efectivos entre las grandes y, al tiempo, la mayor de todas ellas, los judíos de la Diáspora que son seleccionados por el Mossad (*sayanim*) proporcionan toda la ayuda logística que, puntualmente, pueda hacer falta para una operación determinada al mando de las cuales siempre hay un oficial superior (*katsa*). Según el ex director general del Mossad, Isser Harel, la contribución de los *sayanim* al esfuerzo de inteligencia israelí ha sido inconmensurable.

<sup>307</sup> Con el estigma de la *Shoah* (El Holocausto nazi) a cuestas.

<sup>308</sup> La extrema derecha sólo acepta como tal su texto sagrado, El Talmud. Según Loewestein, los hebreos fueron el primer pueblo que practicó el constitucionalismo pues el dominador estaba sujeto a la Ley del Señor.

derecho<sup>309</sup>. El problema estriba en que su organización institucional está basada en una serie de Leyes Fundamentales que no garantizan en ningún caso el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en todo el territorio de Israel<sup>310</sup>.

El primer ministro Ehud Barak<sup>311</sup> intentó someter al Parlamento en el año 2000 un proyecto de Constitución que garantizase los derechos fundamentales reconocidos en los países occidentales. Tal proyecto sólo contó con el apoyo de la izquierda y suscitó una enorme controversia que no condujo a ninguna parte. Incluso relevantes figuras del partido laborista como Simón Peres se opusieron al mismo.

Es por ello que, careciendo de un sistema jurídico que proteja los derechos fundamentales y de una regulación legal de los servicios de inteligencia, no es posible tomar la comunidad de inteligencia israelí como modelo para un estudio de derecho comparado<sup>312</sup>.

<sup>309</sup> “Nada distingue con más claridad las condiciones de un país libre de las que rigen en un país bajo gobierno arbitrario que la observancia, en aquel, de los grandes principios conocidos bajo la expresión de Estado de Derecho. Despojada de todo su tecnicismo, significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano;...” Hayek, Friedrich; *op. cit.*, pág. 105.

<sup>310</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, págs. 32 y 33. *Ad abundantiam*; “Los servicios de inteligencia interior de Israel, Shin-Beth, torturan al 85% de los Palestinos detenidos”, “El Mundo”, 15 de mayo de 1998. La información procede de Betselem, organización israelí de derechos humanos.

<sup>311</sup> Antes de ser nombrado primer ministro, Ehud Barak trabajó para la comunidad de inteligencia de Israel. En calidad de tal realizó acciones encubiertas para el estado judío, *verbi gratia*, entró en el Líbano disfrazado de mujer para ejecutar a un terrorista y llegó a ser director del servicio de inteligencia militar (Amán).

<sup>312</sup> Las acciones encubiertas del Instituto de Inteligencia y Servicios Especiales de Israel (Mossad) que incluyen el asesinato deben ser notificadas previamente al Primer Ministro para que otorgue el visto bueno. Fue el ex director general del Mossad, Meir Amit, leyenda de los servicios de inteligencia, inventor de los *sayanim*, quien estableció las normas para el asesinato a principio de los sesenta: “No se matará a líderes políticos, por muy extremistas que sean. Se tratará con ellos políticamente. No se matará a familiares de un terrorista a menos que estén directamente implicados en terrorismo. Cada ejecución necesitará de la autorización del Primer Ministro. En consecuencia, una ejecución no será un asesinato patrocinado por el Estado sino una sanción judicial definitiva del Estado. El asesino no será distinto del verdugo nombrado por el Estado”. Gordon, Thomas y Dillon, Martin; *El espía del Mossad*; Barcelona, 2004, pág. 27. *Ad abundantiam*, Gordon, Thomas; *Mossad*, Buenos Aires, 2000, *passim*.



## 1.2. El caso de Rusia

Más de cuatro siglos de servicios de inteligencia dejan, indudablemente, su huella en la historia<sup>313</sup>. Pero no se discute aquí la relevancia de la comunidad de inteligencia rusa<sup>314</sup> sino si Rusia es, o no, un estado democrático de derecho con todas las implicaciones que tal denominación conlleva. ¿Se somete la administración al principio de legalidad? ¿Es previsible la resolución

<sup>313</sup> La primera policía secreta rusa – la *Opritchina*, cuyo lema era una cabeza de perro y una escoba, husmear y barrer – data de 1565. Conserva este nombre hasta 1.613 en que pasa a denominarse *Rozysknoie Miesto*. En 1.697 se produce una reforma en profundidad del servicio y un nuevo cambio de nombre: *Preobragensky Prikas*. Hasta el fin del régimen zarista, los servicios de inteligencia tendrían diferentes denominaciones (de 1.700 a 1.711 se la conocería como *Fiskaly*; de 1.711 a 1.736 Tercera Policía; de 1.736 a 1.821 TRK; de 1.821 a 1.826 PME; de 1.826 a 1.881 Policía Secreta y de 1.881 a 1.917 *Okhrana*), lo que no variaría es la represión interior y el miedo de la población. El último servicio zarista, la *Okhrana*, fue particularmente temido y odiado. Con la revolución de 1917 sería disuelto. En un principio los revolucionarios pensaron que en el estado de los trabajadores no haría falta un servicio similar pero al poco tiempo Lenin instauró la *Cheka*. La *Cheka* constaba de tres directorios principales: el Primer Directorio Mayor actuaba contra quienes comprometían la seguridad del estado desde el extranjero; el Segundo Directorio Mayor se ocupaba de los conspiradores interiores; finalmente, el Tercer Directorio Mayor prestaba especial atención a las Fuerzas Armadas. En 1.922 se la conocería como GPU, de 1.923 a 1.934 OGPU, y de 1.934 a 1.946 como NKVD. En 1.946 se produce un desdoblamiento de los servicios de inteligencia soviéticos. La NKVD da paso a la MVD y a la MGB. La MVD es el directo antecesor del GRU, que nace en 1.959 y continúa su actividad hasta nuestros días. La MGB sería el germen del futuro KGB, que fue creado en 1.954 y disuelto en 1.991, tras el fracasado golpe de estado contra Gorbachov que tuvo su ideólogo y planificador en el jefe del KGB, Vladimir Kriuchkov. Cfr. Tansky, Michel; *Cuatro siglos de policía secreta rusa*; Barcelona, 1970, *passim* y Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*, *passim*.

<sup>314</sup> La KGB, disuelta el 17 de julio de 1.991, dio paso a dos órganos de inteligencia independientes la FSB (contrainteligencia) y la SVR (inteligencia exterior) que junto con el GRU (inteligencia militar) componen los órganos principales de la comunidad de inteligencia rusa. El creador de los dos primeros servicios fue Vadim Bakatin, ex Ministro de Interior enfrentado a los halcones del PCUS. Fue él quien acabó con la sección del KGB dedicada a la persecución religiosa –hasta el mandato de Gorbachov era la KGB quien nombraba los obispos– y el artífice de que fuesen abiertos al público parte de sus archivos a partir del 13 de mayo de 1.992; eso sí, previo pago de la consulta – que incluye la atención de los funcionarios necesarios, la información que se precise y las fotocopias – y solicitud por escrito. Estos archivos han hecho posible, por ejemplo, el libro de César Vidal; *Las Brigadas Internacionales*; Madrid, 1.998, donde, entre otras cosas, se cuenta como utilizaba la KGB los pasaportes de los interbrigadistas para sus operaciones encubiertas. En sus comienzos la FSB parece que apostó por la *glasnost* y la *perestroika* para invertir el camino en su recta final. Así, a los pocos años de crearse, tras la aparición en la prensa rusa de irregularidades a cargo de oficiales del FSB y abuso de poder, el jefe del mismo Vladimir Putin (actual presidente de Rusia), se reúne con el Consejo de Seguridad para rendir cuentas de las actuaciones de sus subordinados y reconocer la existencia de algunas anomalías, algo impensable en tiempos de la KGB. Además, su portavoz comparecía ante la prensa cuando era requerido y sus principales mandos eran igualmente accesibles: por ejemplo su portavoz, Alexander Zdanovich, negaba la transferencia de tecnología nuclear rusa a Irán poco después de que el Teniente General Leonid Kuznetsov, jefe de la FSB en Krasnoyarsk, diera cuenta en diciembre de 1.998 de la visita de “docenas de espías” occidentales interesados en el armamento nuclear ruso y en el entonces excéntrico “presidenciable” Alexander Lebed. De otro lado, el GRU, el servicio de inteligencia militar, fue fundado por Trosky, su primer jefe fue Jan Berzin y se estructuró en cuatro divisiones con personal estrictamente militar. Del GRU provienen la mayoría de grandes desertores que han nutrido la inteligencia occidental: Igor Guzenko, Aratoli Dolnitsyn o Penkovski. Esto hizo aún más asfixiante el control del GRU por la KGB, que actuaba a modo de hermano mayor, infiltrándolo completamente con sus agentes. No obstante también hay éxitos que apuntar en su curriculum. Destaca el caso del coronel Yuri Isaiev que consiguió información relevante sobre las bases americanas en España.

de un caso basada en el ordenamiento jurídico existente? ¿Se protegen los derechos fundamentales en todo el territorio ruso<sup>315</sup>?

El poder absoluto del Presidente Putin<sup>316</sup>, la total supremacía del poder ejecutivo frente a los otros poderes del estado, el secuestro y control de medios de comunicación por el poder público, la persecución y asesinato de periodistas<sup>317</sup>,...

Todos estos hechos y muchos otros que saltan a la vista nada mas repasar sucintamente la hemeroteca correspondiente a los primeros años del siglo XXI, no sitúan precisamente a Rusia en el perihelio del estado democrático de derecho sino más bien en otra galaxia jurídica distinta.

Por lo que respecta a los servicios de inteligencia, tras una primera reforma que acabó con la KGB y separó la inteligencia exterior de la interior, ha venido la marcha atrás propiciada, tal vez, por la amenaza exterior de las ex repúblicas musulmanas soviéticas, en particular el caso checheno, y los problemas interiores generados por las tupidas mafias rusas acompañados de la falta de desarrollo económico del país.

El Presidente Putin pretende ahora la reunificación de todos los servicios de inteligencia en uno solo, MGB<sup>318</sup>, incrementando de paso los poderes de su

---

<sup>315</sup> "...la idea de que el individuo limite el poder del estado, que quede, por tanto, una porción de la persona fuera de la jurisdicción pública... es una idea germánica... donde el germanismo no ha llegado no ha prendido el liberalismo. Así cuando en Rusia se ha querido sustituir el absolutismo zarista se ha impuesto una democracia no menos absolutista. El bolchevique es antiliberal". Ortega y Gasset, José; *op. cit.*, pág. 117. Es muy difícil de asimilar por el ordenamiento jurídico ruso la teoría y práctica de los derechos fundamentales porque históricamente no ha tenido ninguna experiencia en ese sentido, pedir su implantación inmediata es pedir un esfuerzo olímpico capaz de saltar siglos.

<sup>316</sup> "Fe totémica en la vertical del poder" le atribuye el "ABC" de 15 de julio de 2004.

<sup>317</sup> El último periodista asesinado ha sido el corresponsal de la revista "Forbes" que había realizado investigaciones y publicado artículos sobre la plutocracia rusa, sus vínculos con la mafia y la corrupción que asola el país.

<sup>318</sup> Ministerio de Seguridad Estatal, mismas siglas y mismo nombre que el servicio antecesor de la KGB.

director de forma y manera significativa. Este nuevo servicio secreto “tendrá prácticamente todas las funciones del KGB soviético”<sup>319</sup>.

Llegado este punto parece oportuno colegir que la comunidad de inteligencia rusa no es tampoco modelo oportuno para ser objeto del presente estudio.

### **1.3. La cooperación internacional de los servicios de inteligencia**

La necesidad de inteligencia para combatir el terrorismo internacional y la multiplicidad de intereses de los estados a lo largo y ancho del planeta han llevado a los servicios secretos por el camino de la cooperación<sup>320</sup> y, como consecuencia, ha sido necesario firmar acuerdos y convenios que establecen las pautas del intercambio de información clasificada<sup>321</sup>. Tales acuerdos operan normalmente bajo el principio de reciprocidad y establecen las equiparaciones entre las diferentes denominaciones concernientes a la información clasificada. En el ordenamiento jurídico español la información a la que tales acuerdos permiten acceder procedente de otros servicios de inteligencia está exenta del control parlamentario que ejerce la Comisión de fondos reservados<sup>322</sup> y, en general, es preciso el consentimiento del servicio que genera la inteligencia para hacer a terceros países partícipes de la misma.

---

<sup>319</sup> La cita procede del diario ruso “Gazeta” y es recogida por el corresponsal del “ABC” en Moscú, Daniel Utrilla, “Putín reorganiza los servicios de seguridad a imagen del antiguo KGB”, 15 de julio de 2004.

<sup>320</sup> “...nuestras relaciones con otros países, incluidos muchos que no comparten nuestros principios democráticos, serán de gran importancia para compensar la falta de agentes secretos y de personal diplomático”. Inman, Bobby; “Déficit de Información”, “El Mundo”, 11 de octubre de 2001.

<sup>321</sup> Vid. Cousido González, Pilar; *op.cit.*, págs. 135 a 164.

<sup>322</sup> Art. 11.2 Ley 11/2002: “La citada Comisión del Congreso de los Diputados tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada”.

El volumen de intercambio de información en el primer mundo de inteligencia es muy elevado<sup>323</sup> y tiende a incrementarse debido a la amenaza global que impone el terrorismo internacional y al proceso integrador que está experimentando la Unión Europea<sup>324</sup>. También existe un acusado intercambio de información con comunidades de inteligencia especialmente eficaces –la rusa, la israelita<sup>325</sup>- y, coyunturalmente, con servicios situados en zonas geoestratégicas o de conflicto<sup>326</sup>.

## 2. Reino Unido

El Reino Unido tiene una amplia tradición político-constitucional presidida por el secreto<sup>327</sup> que, a lo largo de los siglos, se ha ido acumulando progresivamente. Sobre el modelo político inglés, se ha dicho que es un

<sup>323</sup> Tanto que convierte al director del Centro en el primer agente del mismo. Es quien más información allega al Servicio como resultado de las conversaciones con sus homólogos. Esta información le fue confirmada al autor de la tesis por Juan Alberto Perote, jefe de la Agrupación Operativa del CESID.

<sup>324</sup> "L'Europe n'est qu'une nation composée de plusieurs". Quien así escribe es Montesquieu; *Monarchie universelle*; París, 1891, pág. 36.

<sup>325</sup> Ejemplo de esa colaboración es el caso del Mossad que ostenta carta blanca para investigar las bases de Hizbulá en Alemania (Vid. "El Mundo" de 5 de abril de 1998), servicio que tiene su oficina principal para Europa en el aeropuerto de Schipol en Ámsterdam (segunda planta del edificio de El-Al) donde opera con toda comodidad y acuerdos de intercambio de información con los principales servicios de inteligencia de la Unión Europea.

<sup>326</sup> Caso de los servicios secretos españoles con la Muhabarat iraquí de Saddam Hussein. El grado de confianza llegó a ser tan elevado que la hija de un alto responsable de este servicio trabajaba en la embajada española en Bagdad. Es por eso que se sintieron traicionados y tuvieron una reacción especialmente dura con los agentes de inteligencia españoles en Iraq, ocho de los cuales perdieron la vida, salvándola uno de ellos por la intercesión de un clérigo iraquí a sueldo del MI-6. Las consecuencias políticas del 11-M y la "inteligencia" con que se eligió el momento del atentado –para propiciar la caída del Gobierno que les traicionó- han hecho sospechar de la implicación un servicio secreto en el mismo y, en concreto, de la antigua Muhabarat. Se da el caso que el coronel iraquí que servía de enlace en España retornó a Iraq, para volver nuevamente de forma clandestina varias semanas antes del 11-M, siendo alertados los servicios de inteligencia españoles por el SISMI italiano de que venía a cometer un atentado. Parte de esta información ha llegado al autor de la tesis por una persona próxima a los servicios de inteligencia, parte, puede consultarse en Chalvidant, Jean; *op.cit.*, págs. 55 y 56. Sobre este asunto no se puede olvidar las reiteradas propuestas de colaboración entre terroristas de ETA y Al-Qaeda. Estos últimos cometerían los atentados y ETA proporcionaría apoyo logístico. Cfr. García Mostazo, Nacho; *op.cit.*, págs. 323 a 330. Ahora bien, el "supermercado del mal" no opera con compras al por mayor sino que son transacciones minoristas con acuerdos puntuales y detallados, es decir, no basta conocer la existencia genérica de un acuerdo de colaboración entre las dos organizaciones terroristas –como prueba el entrenamiento de terroristas etarras en campos de Afganistán o el pago efectuado por un contable de Bin Laden a ETA en una cafetería de Bilbao cuyo seguimiento corrió a cargo de la CIA- sería necesario demostrar que, concretamente, ETA asistió a la célula de Al-Qaeda que cometió el atentado del 11 de marzo en Madrid.

<sup>327</sup> Cfr. Leigh, David; *The frontiers of secrecy. Close Government in Britain*; Londres, 1980, pág. 2, citado por Ruiz Miguel, Carlos; *op.cit.*, pág. 36.

modelo que no se sabe muy bien en qué consiste. Smellie decía que puede admirarse pero no comprenderse, Maurois habla de Gran Bretaña como la bendita tierra de la incoherencia y, en España, Teodoro González le cree regido por un designio biológico y por eso, como la vida misma, es complejo, paradójico y desconcertante<sup>328</sup>.

Igualmente extensa es la tradición en servicios de inteligencia pero varía, de unos autores a otros, el momento de su nacimiento. Aunque se citan como antecedentes primeros de los servicios de inteligencia británicos los reinados de Alfredo El Grande (849-901) y Eduardo III (1327-1377), no hubo redes organizadas y verdaderos servicios de inteligencia hasta que Enrique VI promovió en 1485 la inteligencia interior e Isabel I hizo lo mismo en 1558 con la inteligencia exterior<sup>329</sup>.

## 2.1. Particularidades del derecho constitucional británico

El derecho constitucional británico está compuesto por leyes constitucionales escritas, *statute law*<sup>330</sup>, y por la costumbre constitucional, *the conventions*. Menor importancia tiene para el derecho constitucional el derecho común y la equidad.

*The conventions* son costumbres y prácticas que constituyen verdaderas normas jurídicas. El razonamiento es sencillo: si existe un precedente hay que amoldarse a él (incluso por analogía) salvo argumento de peso que obligue a cambiar de doctrina. El *common law* constituye la base del sistema jurídico

---

<sup>328</sup> Jiménez de Parga, Manuel; Los regímenes políticos contemporáneos; Madrid, 1990, págs. 272 y ss.

<sup>329</sup> Cfr. Andrés Montero-Gómez, *op.cit.*, pág. 30.

<sup>330</sup> Componen el *statute law*: la Carta Magna, *Petition of the Right*, *Bill of Rights*, *Act of Settlement*, las dos *Act of Union*, *Reform Act*, las dos *Parliament Act* y el *Statute of Westminster*.

inglés pero es “de importancia menor en el ámbito constitucional”<sup>331</sup>. Son costumbres reconocidas judicialmente sobre la base del precedente judicial.

La *equity* tiene su origen en la costumbre de dirigirse al rey por aquellas personas descontentas con las resoluciones judiciales. De ahí se pasó a los tribunales de equidad que finalmente - *Judicature Act* – se integraron en el *common law* con todos sus principios, muy en particular la buena fe.

Se detecta una evolución notable en la *judicial review* respecto a las actividades de los órganos y autoridades estatales. Ahora bien, “dicha revisión judicial no constituye una apelación de la decisión administrativa tomada, sino solamente de la manera en que fue tomada”<sup>332</sup>. Consiste esta evolución en la aplicación de medidas de control establecidas entre tribunales – del superior sobre el inferior – a la acción administrativa o de gobierno.

En general, se trata de atacar en su base el viejo aforismo inglés *the King can't be wrong*, y puesto que los administradores del Rey – la administración – son sirvientes personales de la Corona, gente de su confianza, la presunción real se extiende a ellos.

El proceso de revisión judicial ha detectado tres causas que permiten atacar las decisiones de los órganos de la administración. La primera es la ilegalidad, decisiones de los funcionarios que contravienen las normas jurídicas vigentes. La segunda es la irracionalidad, que es sencillamente falta de sentido común, decisiones que jamás hubiesen sido adoptadas por una persona sensata o que contrarían gravemente el sentido común o el sentido de la ley.

---

<sup>331</sup> Álvarez Vélez y Alcón Yustas; Las constituciones de los quince Estados de la Unión Europea; Madrid, 1.996, pág. 577.

<sup>332</sup> Connelly, Thomas John; “Respuesta a una consulta sobre la protección de las personas frente a dichos organismos brindada por las normas constitucionales y legales”; Santiago de Chile, Serie Estudios, Volumen III, Estudio n° 22 de la Biblioteca del Congreso Nacional, 1.991, pág. 22. Thomas John Connelly es investigador de la unidad de estudios y publicaciones de la biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Los organismos a que se refiere en el título del informe son los servicios de inteligencia.

Finalmente, la tercera de las causas es la impropiedad procesal, que tiene que ver con la manera en que las decisiones son tomadas y no con el fondo de la cuestión<sup>333</sup>.

## 2.2. Organización de la comunidad de inteligencia británica

Desde el punto de vista jurídico es destacable que “a pesar de la antigüedad de los servicios de inteligencia británicos, los mismos no han tenido hasta fechas muy recientes, no ya un estatuto legal, sino ni siquiera un reconocimiento oficial”<sup>334</sup>. Como señaló el ex ministro Richard Crossman “el secreto es la enfermedad británica”<sup>335</sup>. La Ley del Servicio de Seguridad<sup>336</sup> aprobada en 1989 y la Ley de los Servicios de Inteligencia<sup>337</sup> de 1994 cambiaron la situación.

### 2.2.1. La comunidad de inteligencia

La comunidad de inteligencia británica está compuesta por tres servicios principales que han tenido una destacada actuación en la historia de los servicios de inteligencia<sup>338</sup>: *Security Service* (MI-5, interior), *Secret Intelligence*

---

<sup>333</sup> Cfr. *ibidem*, págs. 22 a 25.

<sup>334</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág.39. Aunque hubo dos leyes en 1782 y 1920 que se referían exclusivamente a asuntos presupuestarios. Connelly, Thomas John; “Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia en la lucha contra la delincuencia, la violencia política y el terrorismo”; Santiago de Chile, Serie Estudios, Volumen III, Estudio nº 16 de la Biblioteca del Congreso Nacional, 1.991, pág. 4.

<sup>335</sup> Tal afirmación se recoge en la obra de Robertson, Geoffrey y Nicol Andrew; *Media Law. The rights of Journalist and Broadcasters*; Londres, 1990, pág. 314.

<sup>336</sup> *Security Service Act* (SSA).

<sup>337</sup> *Intelligence Services Act* (ISA).

<sup>338</sup> A los que hay que sumar todos los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas (un copioso submundo que atiende todas las necesidades posibles de los tres ejércitos) y el policial *National Criminal Intelligence Service* (NCIS) que si tiene potestades de policía a diferencia de los demás (nada que ver con su homónimo norteamericano).

Service (MI-6, exterior) y *Government Communications Headquarters* (GCHQ, inteligencia técnica<sup>339</sup>).

#### **2.2.1.1. *Government Communications Headquarters* (GCHQ)**

El Cuartel General Gubernamental de Comunicaciones, el “más secreto” de los servicios de información británicos, tiene su base en Cheltenham, al suroeste de Inglaterra<sup>340</sup>, y se ocupa de la inteligencia técnica del Reino Unido.

El GCHQ consta de tres secciones<sup>341</sup>: Radint, que trabaja en la información radiofónica; Elint<sup>342</sup>, inteligencia electrónica, que se ocupa fundamentalmente de sensores y localizadores pero también de la captación de emisiones electromagnéticas que no sean telecomunicaciones<sup>343</sup>; Comint, dedicada a la Interceptación de comunicaciones, teléfonos y faxes principalmente (El GCHQ intercepta “rutinariamente todas las comunicaciones de radio y télex... de todas las embajadas de Londres”) <sup>344</sup>. Tiene “un estatuto formal de cooperación con su equivalente norteamericano”<sup>345</sup>, la NSA<sup>346</sup>. Tal acuerdo especifica “un intercambio total de información Sigint (inteligencia de señales) entre la NSA y el GCHQ”<sup>347</sup>.

---

<sup>339</sup> Según el método de obtención de la información la inteligencia puede ser: Humint, inteligencia humana; sigint, inteligencia de señales; e imint, inteligencia de Imágenes. *CESID Manual...*, *op. cit.*, págs. 58 a 60. Sigint mas imint se engloban bajo la denominación inteligencia técnica.

<sup>340</sup> Con instalaciones de seguimiento e interceptación de señales repartidas por todo el mundo.

<sup>341</sup> Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*; pág. 165.

<sup>342</sup> No confundir con “Elini”, un avión espía de los EE.UU. fabricado con tripulación y sin ella, modelos 147-S y 154.

<sup>343</sup> *Ad abundantiam*, Montero-Gómez, Andrés; “Los medios humanos en el ciclo de inteligencia”; dentro del documento “Los servicios de inteligencia” pág. 38, II Seminario de “Estudios sobre el Ejército”, Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.

<sup>344</sup> Wright, Peter y Greengrass, Paul; *Cazador de espías*, Barcelona, 1987, pág. 117.

<sup>345</sup> Wright, Peter y Greengrass Paul; *Op. cit.*, págs. 105 y 106.

<sup>346</sup> La NSA se ocupa de la inteligencia técnica norteamericana excepto “imint”, inteligencia de imágenes, que es patrimonio del NRO (Oficina Nacional de Reconocimiento).

<sup>347</sup> Wright, Peter y Greengrass, Paul; *op. cit.*; pág. 154.



El GCHQ fue creado "en 1946 como sucesor de la escuela de códigos y cifra del gobierno que funcionó desde 1919"<sup>348</sup> pero "obtuvo su reconocimiento legal junto con el SIS en la Ley de 1994"<sup>349</sup>. Se halla dirigido por un Director nombrado por el Ministro de Asuntos Exteriores"<sup>350</sup> y, además de con el SS y el SIS, colabora estrechamente con todos los servicios de la comunidad de inteligencia británica.

#### 2.2.1.2. *Security Service (MI5)*

El servicio de inteligencia interior del Reino Unido tal y como lo conocemos en la actualidad remonta sus orígenes hasta 1909 bajo las órdenes del capitán Vernon Kell<sup>351</sup> "para realizar tareas de contraespionaje. En 1935 asumió la responsabilidad más amplia de determinar las amenazas a la seguridad nacional, que incluía la subversión y, posteriormente, la lucha contra los fascismos internacionales y el comunismo soviético"<sup>352</sup>.

Hasta 1952, el "responsable del MI-5 era el Primer Ministro y, después el "Home Secretary" (Ministro del Interior) aunque el Director del MI-5 mantenía vías de acceso directas al Primer Ministro para tratar asuntos de especial importancia"<sup>353</sup>. En 1963 se especificaron las directrices del MI-5. Así se estableció que "jamás debería indagar en la vida privada de las personas si no

<sup>348</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 22.

<sup>349</sup> *Intelligence Services Act* (ISA) cuyo artículo 3, entre otras funciones, le atribuye: "controlar o interferir las emisiones electromagnéticas, acústicas o de otro tipo" y "obtener información derivada o relacionada con estas emisiones".

<sup>350</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 43.

<sup>351</sup> "El MI-5 fue creado en 1909, bajo el mando del capitán Vernon Kell, cuando el War Office comprendió finalmente que el conflicto europeo que se avecinaba exigía siquiera unas mínimas actividades de contraespionaje". Wright, Peter y Greengrass, Paul; *op. cit.*; pág. 42. Aunque curiosamente "los propios miembros del MI-5 no empezaron a ser investigados hasta mediados los años sesenta". *Ibidem*; pág. 39.

<sup>352</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 22.

<sup>353</sup> "En 1952, el Home Secretary dejó claro que MI-5 no era un departamento del Ministerio del Interior, pero que sí era parte de las *Defensa Forces* del Reino, encargado, como tal, de la defensa del Reino contra fuerzas subversivas, sean nacionales o extranjeras". Connelly, Thomas John; "Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia en la lucha..." *op. cit.*, pág. 4.

se trataba de un caso de la defensa del Reino como un todo (*The Defense of the Realm as a whole*)<sup>354</sup>. Otra importante revisión tuvo lugar en este año cuando se dejó sentado que los agentes del mismo eran, en términos legales, simples ciudadanos, sin mayor poder que otro ciudadano como tal, *id est*, carecían de los poderes de arrestar de la policía y de atribuciones especiales de allanamiento.

Las críticas por la opacidad de los servicios y las graves denuncias contra los mismos llevaron a la promulgación de la *Security Service Act* (SSA) de 27 de abril de 1989 que sería reformada, con posterioridad, el 18 de julio de 1996. Los aspectos más destacables de la SSA son los siguientes: las funciones iniciales de protección de la seguridad nacional y salvaguarda del bienestar económico se han visto ampliadas en la reforma de 1996 al apoyo de las actividades de las fuerzas policiales y otros cuerpos de seguridad en la prevención y detección de delitos graves<sup>355</sup>; opera bajo la autoridad del *Home Secretary* quien designa a su Director General; se abstendrá de toda actividad que promueva los intereses de algún partido político; el Ministro del Interior puede autorizar acciones que interfieran con el derecho de la propiedad, "sólo en casos que él estime que la información será valiosa y no se pueda obtener por otros medios"<sup>356</sup>; se crea el puesto de "Comisionado del Servicio de Seguridad"<sup>357</sup> y un Tribunal compuesto de "tres a cinco abogados, nombrados

---

<sup>354</sup> *Ibidem*; pág. 4.

<sup>355</sup> Nuevo art. 4.2 de la *Security Service Act* (SSA) introducido en la reforma de 1996. Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 42 y 43.

<sup>356</sup> "Interferir" con el derecho de la propiedad es una expresión difusa que abarca una amplia gama de acciones ilegales. Connelly, Thomas John; "Respuesta... sobre organismos de inteligencia en la lucha..." *op. cit.*, págs. 4 y 5.

<sup>357</sup> "...quien revisará los oficios cursados por el Ministro del Interior y hará un informe anual al Primer Ministro al respecto. Y el Primer Ministro entregará dicho informe al Parlamento, reservando tales materias que él estima que perjudicarían al Servicio en el cumplimiento de sus funciones". *Ibidem*; pág. 5.

por la Corona, para atender quejas de ciudadanos referidas a acciones del Servicio que puedan haber perjudicado a los ciudadanos o su propiedad”<sup>358</sup>.

Esta ley fue severamente criticada por la vaguedad de sus términos y la falta de independencia de sus controles. De ahí la reforma de la misma que se llevó a cabo el 18 de julio de 1996, aunque el control se incrementaría ya en 1994 con la creación del Comité de Inteligencia y Seguridad que supervisa y controla la actuación de estos servicios<sup>359</sup>.

### **2.2.1.3. Secret Intelligence Service (MI6)**

El Servicio Secreto de Inteligencia (SIS) británico, más conocido como el MI-6 o “la firma”- se creó en 1909 “como la sección extranjera de la Oficina de servicio secreta”<sup>360</sup> bajo las órdenes de Sir Mansfield Cumming. “Orgánicamente, el MI-6 se incardina en la Secretaría extranjera y de la *Commonwelth*, la cual es responsable de todas sus actuaciones”<sup>361</sup>.

El MI-6 tuvo un reconocimiento legal algo posterior al del MI-5. Tuvo que esperar hasta la Intelligence Services Act (ISA) de 26 de mayo de 1994. Según esta ley<sup>362</sup> el SIS “se halla bajo la autoridad del Ministro de Exteriores, con la función de “obtener y proveer de información relativa a acciones e intenciones de personas de fuera de las Islas Británicas y realizar otras tareas respecto a

<sup>358</sup> “Debe remitir el caso al Comisionado, si se trata de propiedad. Al encontrar que hubo abuso, el Tribunal o el Comisionado puede ordenar la suspensión de investigaciones, la destrucción de archivos, la supresión de oficios y el pago de compensación. Las decisiones del Tribunal y del Comisionado no pueden ser apeladas a las Cortes de Justicia ni cuestionadas por ellas”. *Ibidem*; pág. 5. Como reconoce uno de los ex agentes del *Secret Service*: “El trabajo del MI-5 a menudo implica una transgresión de la propiedad o de la ley”. Wright, Peter y Greengrass, Paul; *op. cit.*; pág. 40.

<sup>359</sup> “Otras medidas que han contribuido a que exista más información disponible sobre su trabajo, sin dañar su eficacia operativa ni poner en peligro a su personal o agentes han sido: la publicación, desde 1993, de los informes sobre sus actividades; la publicidad de los procedimientos de reclutamiento de personal empleado en trabajos generales; o la apertura, en 1997, de un Registro público que contiene los archivos históricos más antiguos del Servicio”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 23.

<sup>360</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 21.

<sup>361</sup> *Ibidem*; pág. 21.

<sup>362</sup> Art. 1.1 ISA.

las acciones e intenciones de esas personas". Estas funciones se deben llevar a cabo en interés de la "seguridad nacional, con particular referencia a la política exterior y de defensa", al interés del bienestar económico y en apoyo de la detección y prevención de crímenes graves"<sup>363</sup>.

Las relaciones exteriores son el título justificativo de la existencia del servicio de inteligencia exterior británico y son competencia exclusiva del ejecutivo británico.

Es por esta razón que no existen servicios de inteligencia ingleses, escoceses, galeses o norirlandeses, y también es por este motivo que el Parlamento ha tenido, en cuanto a la inteligencia británica, una intervención tan poco relevante históricamente.

Aunque la evolución del sistema político británico, propio de un estado centralizado con amplias competencias reservadas al poder ejecutivo, "conoce un progresivo fortalecimiento del Parlamento unido a una disminución (cuando menos formal) del Poder del Ejecutivo", sin embargo, la política exterior ha quedado al margen de esta evolución y eso es así porque no se puede olvidar el peso de la historia. Como apuntaba Lévy-Ullman el ordenamiento jurídico británico es un "derecho histórico" porque puede seguirse con tracto sucesivo, sin pérdida de continuidad, "casi desde el principio de los tiempos".

### **2.2.2. Los órganos de coordinación**

La coordinación de todos los servicios de inteligencia británicos se lleva a cabo por un complejo sistema de comités<sup>364</sup> de los cuales se examinarán a continuación los más relevantes.

---

<sup>363</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 43.

<sup>364</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; págs. 17 a 20.

#### **2.2.2.1. Comité Ministerial de los Servicios de Inteligencia**

Presidido por el Primer Ministro está compuesto por los ministros de Interior, Defensa, Exteriores y Hacienda. Realiza un análisis político de la actuación de los servicios, revisa los objetivos de los mismos, determina las necesidades de gobierno futuras y, en función de ellas, marca los nuevos objetivos de la comunidad de inteligencia<sup>365</sup>.

#### **2.2.2.2. Comité de Inteligencia y Seguridad**

Está presidido por “el Ministro del Interior, se incardina en la Oficina del Gabinete y depende, en última instancia, del Primer Ministro”<sup>366</sup>. Forman parte de este comité altos cargos<sup>367</sup> de los ministerios de Hacienda, Exteriores, Industria y Comercio, Defensa, Seguridad Social, de la Oficina de Escocia, de la de Irlanda del Norte, del GCHQ y del MI-6. “El Comité tiene la responsabilidad de repasar el funcionamiento del servicio de seguridad y, si se adecua a los planes y objetivos establecidos, examina las prioridades futuras del servicio”<sup>368</sup> y aconseja al Secretario del Gabinete y al Comité Permanente de Subsecretarios sobre Servicios de Inteligencia.

#### **2.2.2.3. Comité Permanente de Subsecretarios**

Está presidido por “el Secretario de Gobierno y compuesto por los Secretarios de Estado (los cargos inferiores al de Ministro) de los Ministerios de Exteriores y *Commonwealth*, Interior, Defensa, Economía y Hacienda (el

---

<sup>365</sup> *Ibidem*; pág. 18.

<sup>366</sup> *Idem*; pág. 19.

<sup>367</sup> Entiéndase altos cargos no funcionarios.

<sup>368</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 19.

Tesoro). Su función principal es la de realizar informes para el Primer Ministro, además de supervisar el presupuesto de los diversos servicios”<sup>369</sup>.

#### **2.2.2.4. Comité Conjunto de Inteligencia**

Fue un organismo “creado (sin base legal) durante la Segunda Guerra Mundial para evitar solapamientos entre servicios”<sup>370</sup>. Hoy sus funciones se precisan en la SSA de 1989<sup>371</sup> y en la ISA de 1994. El presidente es el coordinador de la inteligencia británica<sup>372</sup>. “Esto supone que, anualmente realiza un análisis riguroso de las necesidades de la inteligencia según las prioridades y los recursos financieros y lo somete a los Ministros para su aprobación”<sup>373</sup>. Es responsabilidad del comité la supervisión de los servicios, la revisión del trabajo y la coordinación de los mismos, para todo lo cual “puede constituir subcomités o grupos de trabajo permanentes o temporales”<sup>374</sup>.

### **2.3. El Estatuto del Personal**

No existe en el Reino Unido una legislación que regule de forma concreta los derechos y deberes de los miembros de los servicios de inteligencia, apenas hay un par de aspectos que han sido decididos en los Tribunales de Justicia. Por un lado, la cuestión del deber de reserva que se traduce en la obligación de cualquier funcionario británico de firmar una copia “con los preceptos más importantes en materia de secretos oficiales”<sup>375</sup> y someter

---

<sup>369</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 41.

<sup>370</sup> *Ibidem*; pág. 41.

<sup>371</sup> Y en su reforma de 18 de julio de 1996.

<sup>372</sup> Que además actúa como consejero del Comité Permanente de Subsecretarios.

<sup>373</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 20.

<sup>374</sup> *Ibidem*; pág. 20.

<sup>375</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *Op. cit.*; págs.45 y 46.

cualquier publicación a una “censura previa y escrita”<sup>376</sup>. El alcance del deber de reserva es amplísimo y abarca toda la vida del funcionario según el Tribunal de los Loes.<sup>377</sup> La administración dispone de su potestad disciplinaria para hacer cumplir tal deber<sup>378</sup>. Por otro, “antes de 1983, parecía claro que los empleados de los servicios de inteligencia tenían derecho de sindicación y de huelga. Sin embargo, tras la realización de una serie de huelgas en el GCHQ entre 1979 y 1981, alguna de las cuales llegó a paralizar el servicio, la situación cambió. El Ministro para la función pública dictó una instrucción oral el 22 de diciembre de 1983 por la que quedaba prohibida la pertenencia a sindicatos (y, consecuentemente, el ejercicio de derechos sindicales como la huelga) para los empleados del servicio secreto GCHQ”<sup>379</sup>. Los sindicatos no fueron consultados antes de dictar la instrucción citada *ut supra*, como marca el procedimiento británico, pero los tribunales concluyeron que las razones de seguridad nacional alegadas por el Gobierno tenían más peso que la falta de forma esgrimida por los sindicatos y dieron la normativa por buena y ajustada a derecho<sup>380</sup>.

#### 2.4. La obtención de la información por los servicios secretos

Hasta 1998, con la aprobación de la *Human Rights Act*<sup>381</sup>, el ordenamiento jurídico británico no reconocía el derecho a la intimidad, si bien los primeros

<sup>376</sup> *Ibidem*; pág. 46.

<sup>377</sup> Cfr. *Attorney-General v. Blake* (2000).

<sup>378</sup> Potestad que incluye la separación del servicio a voluntad por parte de la Corona (cláusula inserta en el contrato que firma el funcionario) salvo que alguna ley diga específicamente lo contrario. Por su parte, la falta de notificación previa de una publicación no la convierte en ilegal pero la administración tiene la posibilidad de impedirla si lo estima oportuno tal como sucedió en el caso del ex agente del MI-5, Peter Wright, cuando intentó publicar su libro (*Op. cit.*; título original *Spycatcher*) en el Reino Unido. Cfr. *Attorney-General v. Observer Ltd. and Others* (1990).

<sup>379</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 47.

<sup>380</sup> Significar también que según el art. 10.1 de la Industrial Tribunals Act cuando en un litigio de carácter laboral el Gobierno alegue razones de seguridad nacional el tribunal desestimará la demanda.

<sup>381</sup> Que convierte el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en derecho interno aplicable.

pasos en ese sentido se dieron en 1985 cuando se promulgó la Ley de Interceptación de las Comunicaciones de resultas de la condena al Reino Unido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Malone.

Las leyes relativas a los servicios de inteligencia británicos (*Security Service Act –SSA- e Intelligence Services Act –ISA-*) otorgan “un tratamiento conjunto a las medidas intrusivas en el domicilio o las comunicaciones”<sup>382</sup>.

El Ministro que corresponda, según el servicio de inteligencia de que se trate (el Ministro de Interior en el caso del NCIS o del SS, el Ministro de Asuntos Exteriores en el caso del SIS...), puede autorizar medidas intrusivas si lo considera “necesario” (juzgando cada caso de forma enteramente independiente de cualquier otro) y si los efectos buscados no pueden lograrse razonablemente por otros medios<sup>383</sup>.

En cuanto al tratamiento automatizado de datos, la *Data Protection Act*, de 16 de julio de 1998, excluye en el artículo 28.1 de su ámbito protector a aquellos casos en que sea necesario para poder salvaguardar la seguridad nacional.

## **2.5. El control de los servicios secretos**

El ordenamiento jurídico británico establece tres tipos de controles sobre los servicios de inteligencia: el ejecutivo, el parlamentario y el judicial. Pero ha existido un cuarto control, que se podría denominar indirecto, que se ha

---

<sup>382</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 49.

<sup>383</sup> La *Regulation of Investigatory Powers Act* de 28 de Julio de 2000 introduce algunas precisiones: El artículo 5 establece que tales medidas han de ser necesarias para la seguridad nacional, la prevención o detección de delitos graves o la salvaguardia del bienestar económico del Reino Unido. El artículo 7 atribuye la autoridad para dictar tales medidas al Ministro o alto funcionario por el designado. Por su parte los artículos 21 y 22 permiten a la Administración descifrar comunicaciones. Significar también que la ley distingue entre vigilancia directa (artículo 28, vigilancia no intrusiva), vigilancia intrusiva (artículo 32) e inteligencia encubierta humana (artículo 29, la que precisa del establecimiento de una relación personal), aunque iguala a las tres en cuanto a fines y autorizaciones necesarias.



revelado el más eficaz, el de los medios de comunicación, que forzaron al ejecutivo a reconocer la existencia de los mismos y a establecer una regulación que garantice, siquiera mínimamente, los derechos de los ciudadanos.

### **2.5.1. El control por el ejecutivo**

“El control por el ejecutivo es el control por excelencia de los servicios de inteligencia británicos”<sup>384</sup>. Así, el Director General del SS responde ante el Ministro del Interior<sup>385</sup> y presenta un informe anual dirigido a este y al Primer Ministro dando cuenta de la labor del servicio<sup>386</sup>. Iguales obligaciones pesan sobre los Directores Generales del SIS y del GCHQ referidas al Ministro de Asuntos Exteriores y al Primer Ministro<sup>387</sup>.

Además, en los servicios de inteligencia británicos existe la figura del Comisionado<sup>388</sup> que viene a ser algo similar al Defensor del Pueblo y que es nombrado por el Primer Ministro, entre quienes sean o hayan sido jueces, para hacer un seguimiento del servicio mediante un informe anual para el *Premier* acerca del modo en que son realizadas las funciones que les sean encomendadas a los servicios secretos<sup>389</sup>.

### **2.5.2. El control por el Parlamento**

Siguiendo a Ruiz Miguel se distinguirá a continuación entre instituciones generales de control parlamentario e instituciones específicas. Entre las

---

<sup>384</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 58.

<sup>385</sup> Art. 2.2. SSA.

<sup>386</sup> Sin perjuicio de que el Ministro del Interior y el Primer Ministro puedan reclamarle en cualquier momento cuantos informes estimen oportunos.

<sup>387</sup> Arts. 2.4 y 4.4 de la ISA.

<sup>388</sup> Figura que nació en el ámbito del SS y se ha extendido posteriormente a los tres servicios de inteligencia a través del artículo 59 de la *Regulation of Investigatory Powers Act* de 28 de Julio de 2000.

<sup>389</sup> Lo que no es óbice para realizar otros informes sobre cualesquiera otros aspectos que estime oportuno. Art. 4.4 SSA.

generales se hallan las preguntas a los Ministros que suelen obtener una réplica igualmente general: “*an answer would not be in the public interest*”<sup>390</sup>, *id est*, se recurre al concepto de seguridad nacional como freno del control parlamentario. También cabe la posibilidad —entre las instituciones generales— de recurrir a las comisiones de investigación pero éstas, a diferencia de las norteamericanas, no disponen de un personal abundante y cualificado y además es práctica común del ejecutivo prohibir a personas dependientes de él la comparecencia en tales comisiones<sup>391</sup>.

Así las cosas, la inoperancia de las instituciones genéricas ha propiciado la creación y el auge de las instituciones específicas. Entre ellas está el control del informe anual de los respectivos comisionados. Ahora bien, lo que llega al Parlamento es la versión *light* de los mismos pues el Primer Ministro tras consultar con el Comisionado puede decir que no conviene mostrar alguna de las partes.

“La ley de los servicios de inteligencia de 1994 (ISA) dio un paso más en el campo de control parlamentario” con la creación de un comité parlamentario formado por nueve miembros extraídos entre las dos Cámaras, nombrados por el Primer Ministro tras consultar con el jefe de la Oposición<sup>392</sup>. El Comité efectúa un informe anual sobre el desempeño de cada uno de los tres servicios principales de la comunidad de inteligencia británica. “... parece haber una tendencia del Comité hacia el modelo norteamericano, esperando que los

---

<sup>390</sup> Cfr. Ransom, Harry Howe; *The intelligence Establishment*; Cambridge, 1970, págs. 194 y 195.

<sup>391</sup> Leigh, David; *op. cit.*; págs. 13 a 15.

<sup>392</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 62.

servicios le informen pronta y adecuadamente, en lugar de limitarse éstos a contestar a las cuestiones que les plantee el Comité<sup>393</sup>.

El Comité puede solicitar a cada uno de los directores de los servicios que les proporcionen información pero estos pueden negarse si el Ministro se lo ordena o si consideran que se trata de información sensible.

Además, existe en la Cámara de los Comunes el Comité de Defensa<sup>394</sup> para examinar el gasto, la administración y la política del Ministerio de Defensa<sup>395</sup>. El Comité, con un máximo de once miembros, tiene también potestad para examinar los documentos escritos, testigos e informes del Ministerio del Interior.

### 2.5.3. El control judicial

En el ordenamiento jurídico británico existe un control judicial y un control parajudicial (*tribunals*) sobre los servicios de inteligencia<sup>396</sup>. En cuanto al control judicial hay que decir que es posible la "*judicial review*" de cualquier acto del ejecutivo pero no es menos cierto que los tribunales de justicia muestran una gran deferencia con tal poder más aún si se trata de cuestiones donde se esgriman razones de seguridad nacional. La jurisprudencia establece, de una forma muy británica, que el juez debe hacer caso al Gobierno cuando se ampare en razones de seguridad nacional. Esto es lo correcto, pero... debe ser el juez quien decida si hace lo correcto<sup>397</sup>.

<sup>393</sup> Leigh, Ian; "Secrets of the Political Constitutiouons", "The Modern Law Review", 1999, págs. 298 y ss; citado por Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 63.

<sup>394</sup> [www.parliament.uk/commons/selcom/defhome.htm](http://www.parliament.uk/commons/selcom/defhome.htm) (14 de septiembre de 2004).

<sup>395</sup> *Ad abundantiam*, Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; págs. 25 y 26.

<sup>396</sup> Cfr. Cane, Peter; *An introduction to Administrative Law*; Oxford, 1997, págs. 331 a 334.

<sup>397</sup> Así: *Duncan v. Cammell Laird & Co Ltd* (1942); *Chandler v. Director of Public Prosecutions*(1964); *Conway v. Rimmer* (1968)...

Doctrina y tribunales británicos<sup>398</sup> se muestran poco partidarios del control judicial en asuntos de seguridad nacional, consideran que la *Judicial Review* no es un *bonum in se*<sup>399</sup> y que el control por el ejecutivo es mucho más apropiado pues es quien está completamente informado sobre el asunto<sup>400</sup>. Pues bien, en lo que concierne a los servicios secretos británicos, la SSA y la ISA han derogado el *Common Law* excluyendo de la *Judicial Review* al SS, SIS y GCHQ. En su lugar se ha establecido un control parajudicial a través de los *tribunals* tratando de evitar situaciones de irresponsabilidad.

Los *tribunals* no forman parte del poder judicial, mientras los tribunales ordinarios juzgan la “parte de decisión reglada o predeterminada; los *tribunals* enjuician el contenido de la decisión no predeterminada por la regla legal, sino deferido a la discreción del Gobierno o la Administración”<sup>401</sup>. El *tribunal* se compone de entre tres y cinco miembros nombrados por la Corona que deben haber sido abogados por un periodo mínimo de diez años<sup>402</sup>. La persona afectada por una medida intrusiva de los servicios secretos puede dirigirse al *tribunal* quien, si estimase las alegaciones, ordenará la correspondiente indemnización económica<sup>403</sup>.

## 2.6. Similitudes y diferencias con el caso español.

A diferencia del sistema español la comunidad de inteligencia británica queda en realidad completamente sustraída al control del poder judicial. Es la administración quien se controla a sí misma. Llama poderosamente la atención

<sup>398</sup> Si bien con carácter *obiter dicta*.

<sup>399</sup> *Burmah Oil Co Ltd v. Bank of England* (1980).

<sup>400</sup> *Chandler v. Director of Public Prosecutions* (1964).

<sup>401</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 67. *Ad abundantiam*, Cane, Peter; *op. cit.*; págs. 331 y 332.

<sup>402</sup> Para asegurar su independencia solo pueden ser destituidos si las dos cámaras del Parlamento lo solicitasen.

<sup>403</sup> A diferencia de los *tribunals* los tribunales especiales previstos para casos relativos a protección de datos no excluyen la jurisdicción ordinaria.

porque el ordenamiento jurídico británico carece de derecho administrativo, la administración está sujeta al mismo derecho (común, civil) que cualquier otro ciudadano. Sin embargo, en lo tocante a los servicios de inteligencia se rompe esta regla, no sólo no se aplica el derecho común sino que se inhibe completamente la actuación de los tribunales de justicia sobre tal materia.

La explicación de que es la administración quien verdaderamente sabe lo que ocurre en los servicios y, en consecuencia, debe ser ella quien conozca del asunto al margen de los tribunales ordinarios es poco convincente. Es tanto como si los médicos (que son los que saben de medicina) tuviesen unos tribunales especiales al margen de la organización de justicia.

En un estado democrático de derecho ninguna actividad debiera estar sustraída al control de los tribunales por ardua o compleja que pudiese parecer. Por otro lado, considerar que la seguridad nacional es un valor excepcional que prevalece sobre todos los demás –punto de vista británico- en lugar de ponderarlo con aquellos valores con los que entra en conflicto –sistema español- ejerce un peligroso poder de atracción, una tentación de inmunidad, de invulnerabilidad, que puede llevar a actuar con un absoluto desprecio de cualquier otra consideración puesto que en último término el actor se encuentra cubierto por la razón suprema: la razón de estado.

### **3. Francia**

No es discutible la condición de estado democrático de derecho de la República de Francia pero, a diferencia del ordenamiento británico, que pone el acento en la libertad, el ordenamiento jurídico francés presta mucha más

atención a la igualdad<sup>404</sup> tal y como puede verse desde el artículo 1 de la Constitución<sup>405</sup>.

Hay que reseñar que la Constitución francesa de 1958<sup>406</sup> no establece mecanismos de defensa de los ciudadanos frente a abusos provenientes del estado<sup>407</sup>. Además, destaca sobremanera la inexistencia de una declaración de derechos y libertades<sup>408</sup> al modo que conocemos en la mayoría de las constituciones<sup>409</sup>. Por otro lado, no se distingue con claridad “la parte dogmática de la parte orgánica. El preámbulo y el título I puede considerarse, sin embargo, parte dogmática”<sup>410</sup>.

### 3.1. La comunidad de inteligencia francesa

La comunidad de inteligencia francesa está formada por tres servicios principales: La *Direction Générale de la Sécurité Extérieure* (DGSE) – inteligencia exterior-, la *Direction de Surveillance du Territoire* (DST) –interior-, y la *Direction de Renseignement Militaire* (DRM) –inteligencia militar-. No

<sup>404</sup> “La cuestión está en el predominio de lo privado sobre lo público, o viceversa. El germano fue más liberal que demócrata. El mediterráneo más demócrata que liberal. La revolución inglesa es un claro ejemplo de liberalismo. La francesa, de democratismo. Cromwell quiere limitar el poder del Rey y del Parlamento. Robespierre quiere que gobiernen los clubs. Así se explica que los *droits de l’homme* lleguen a la Asamblea constituyente de Francia por mediación de los Estados Unidos. A los franceses –mediterráneos- les interesaba más la *égalité*”. Ortega y Gasset, José; *op. cit.*, págs. 118 y 119.

<sup>405</sup> Art. 1 de la Constitución: “...La comunidad [de la República y los territorios de ultramar] se funda en la igualdad y la solidaridad de los pueblos que la componen”.

<sup>406</sup> Que en opinión de Manuel Jiménez de Parga “Es un documento bastante extenso (92 artículos) y no muy afortunado de estilo literario ... que abusa de la remisión a las leyes orgánicas”. *Cfr.* Jiménez de Parga, Manuel; *op. cit.*, pág. 182.

<sup>407</sup> Lo que sería imposible partiendo de una óptica menos igualitaria y mas liberal.

<sup>408</sup> Si bien el Preámbulo de la Constitución de Francia remite a la Declaración de 1789: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del hombre y a los principios de soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la constitución de 1946”.

<sup>409</sup> Según Loewestein hay un mínimo irreducible que determina la constitucionalidad de un Estado. En primer lugar, la separación de poderes. Segundo, un método establecido de antemano de cooperación entre ellos. Tercero, un mecanismo que evite los bloqueos entre poderes y la preponderancia absoluta de uno sólo de ellos. Cuarto, un sistema de reforma constitucional igualmente preestablecido. Y quinto y último, la ley fundamental debe contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual –los derechos individuales y libertades fundamentales- y su protección frente a la intervención de todos o uno de los titulares del poder.

<sup>410</sup> Jiménez de Parga, Manuel; *op. cit.*, pág. 183.

obstante hay que significar que los servicios secretos franceses prestan especial atención al espionaje y contraespionaje industrial a través del *Service KY*. La DGSE y la DRM dependen de la Secretaría General de la Defensa Nacional, Ministerio de Defensa<sup>411</sup>. En cambio la DST está incardinada en el Ministerio del Interior.

### **3.1.1. La Direction Générale de la Sécurité Extérieure (DGSE)**

El servicio secreto francés es conocido en el argot como “la piscina”<sup>412</sup>. Su actual nomenclatura data de un Decreto de 4 de abril de 1.982. Con anterioridad se le conocía como SDECE (Servicio Exterior de Documentación y Contraespionaje). “Con la V República, en 1962, el SDECE fue utilizado como servicio de inteligencia estratégico por el Primer Ministro Michel Debré, mostrándose particularmente eficiente en la lucha contra la rebelión en Argelia”<sup>413</sup>.

Esto fue así, pero también le tocó pasar –en su época SDECE- por pésimos momentos<sup>414</sup>. Con sospechas de tráfico de drogas y al borde de la disolución, toma el mando el Conde de Marenches que realizó una purga muy dura despidiendo a unos 800 agentes y recomponiendo el servicio, lo que le restituiría la credibilidad perdida ante propios y extraños<sup>415</sup>.

<sup>411</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Eugenia; *op. cit.*; pág. 26.

<sup>412</sup> Tiene su sede en el 123 del *Boulevard Mortier*, en París, frente a la *Piscine des Tourelles*. De ahí el apodo.

<sup>413</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Eugenia; *op. cit.*; pág. 27.

<sup>414</sup> Incluida la penetración soviética en lo que se denominó “Grupo Zafiro” que De Gaulle nunca admitió. Wright, Peter y Greengrass, Paul; *op. cit.* pág. 243.

<sup>415</sup> En 1.971 las estadísticas oficiales ponían de relieve que el 54% de la población francesa consideraba pésimo el funcionamiento del SDECE.

Entre sus éxitos de la etapa DGSE destaca la información obtenida sobre el avión invisible norteamericano *Stealth*<sup>416</sup> por su antena en Washington. Entre sus fracasos las infiltraciones en IBM y la *Texas Instruments*.

La modernidad del DGSE es en gran parte atribuible a Mitterrand, que marcó los objetivos y también a Pierre Marion (ex director del SDECE) que los llevó a cabo hasta convertirlo en uno de los mejores servicios secretos del mundo al decir de los expertos<sup>417</sup>.

En cuanto a su estructura interna, la Dirección General controla las direcciones principales del servicio que son: la de Estrategia, responsable de determinar la necesidad de la información, la de Operaciones, dedicada a conseguir información, la de Inteligencia, que analiza la información y la transforma en inteligencia, y la Dirección Técnica, dedicada a la inteligencia de señales y la inteligencia de imágenes.<sup>418</sup>

### **3.1.2. La Direction de Surveillance du Territoire (DST)**

La Dirección de Vigilancia del Territorio es el contraespionaje<sup>419</sup> francés, creado en 1.944. Opera en estrecha colaboración con la DRM. El asunto de mayor trascendencia que hubo de resolver fue el caso Pâques<sup>420</sup>. "La DST goza... de singular prestigio en todo el mundo por causa de sus modernísimos

---

<sup>416</sup> El F-117 A *Stealth (Nighthawk)* es completamente negro y está construido de tal manera que sus múltiples ángulos reflejan la mayor parte de las ondas del radar, mientras que su fuselaje absorbe las restantes impidiendo que sea visible su "huella" en la pantalla del operador de radar.

<sup>417</sup> Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*, pág. 115.

<sup>418</sup> *Ad abundantiam* cfr. Faligot y Krop, *La piscine*, Paris, 1.985, *passim*.

<sup>419</sup> Francia fue pionera en la utilización de medios informáticos aplicados a la contrainteligencia. Los servicios israelíes aprenderían de ella. Montero-Gómez, Andrés; "Los medios humanos..." *op. cit.*

<sup>420</sup> Georges Pâques fue un agente francés al servicio de la KGB, desde 1.949 a 1.963, año en que fue detenido por la DST cuando ocupaba un puesto relevante en el Estado Mayor de la OTAN. Según sus propias declaraciones fue un espía "ideológico". Trabajó para Moscú porque detestaba la política exterior de los EE.UU. Fue identificado gracias a la información proporcionada por el desertor Anatoli Dolnitsyn, (GRU). Wright, Peter; *op. cit.* pág. 317.



métodos y la pericia de sus componentes”<sup>421</sup>. Pericia que no impidió el robo por parte de agentes soviéticos de “todos los detalles de los avanzados sistemas electrónicos” del Concorde<sup>422</sup>. Ha participado activamente en la lucha contra ETA a las órdenes del ministro del Interior francés, de quien depende orgánicamente.

### **3.1.3. La Direction de Renseignement Militaire (DRM)**

La Dirección de Información Militar fue creada por un Decreto de 16 de junio de 1992, para subsanar los defectos de inteligencia puestos de relieve tras la Guerra del Golfo. Se ocupa de la inteligencia combativa francesa: estado de otros ejércitos y estado del ejército propio, con especial dedicación a la tecnología más avanzada.

“Su *staff* se integra en el Ministerio de Defensa bajo la Dirección de un Director General y tres subdirecciones (de Investigación, de Explotación y de Proliferación y armamento)”<sup>423</sup>. Colabora estrechamente con la DST en contrainteligencia y protección de personas e instalaciones militares.

## **3.2. El control de los servicios de inteligencia**

El control de los servicios de inteligencia franceses está estrechamente ligado a la regulación de los secretos de Estado. Esta regulación es compleja, rica en conceptos jurídicos indeterminados, fragmentaria, en ocasiones redundante y no pocas veces contradictoria, lo cual no es de extrañar ya que

---

<sup>421</sup> Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*; pág. 122.

<sup>422</sup> Wright, Peter y Greengrass Paul; *op. cit.*; pág. 244.

<sup>423</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 27.

procede de una considerable pluralidad de textos<sup>424</sup>. Sobre ella conviene tener claro que la Instrucción Interministerial que la desarrolla ha sido considerada de «difusión restringida» y como tal no ha sido publicada, lo que viene a ser, como apunta Santolaya Machetti, “secreto sobre secreto”.

### **3.2.1. El control por el ejecutivo**

En Francia, Estado de tradición centralista por excelencia, el peso de la lápida del Estado amenaza con aplastar las ralas hierbas de la libertad individual allí donde yace la seguridad nacional.

El descontrol del antiguo SDECE que termina con 800 despidos, los problemas internos de la DST, el escándalo del “gabinete negro del Elíseo”<sup>425</sup>... Todo habla de un control laxo por parte del ejecutivo francés. Los medios de comunicación no han tenido en Francia el peso que sí han tenido en el Reino Unido y no han conseguido que el ejecutivo defina legalmente cual sea el mandato que se confiere, lo más precisamente posible, a los servicios secretos. Sólo a partir de aquí es posible deslindar campos de actuación y discriminar

---

<sup>424</sup> “La Ley de 17 de Julio de 1978 que regula la libertad de acceso a los documentos administrativos, destinada a establecer la transparencia y publicidad de los documentos en poder de la administración, pero que contiene un complejo artículo 6 en el que se determinan los tipos de documentos que pueden ser denegados, por su capacidad de atentar por ejemplo «a las deliberaciones del gobierno y de las autoridades responsables relevantes del poder ejecutivo, a la defensa nacional y la política exterior, a la moneda y al crédito público, a la seguridad del Estado y a la seguridad pública ... y con carácter general a los secretos protegidos por la Ley». El artículo 10 de la Ordenanza de 4 de febrero de 1959, que regula el Estatuto de los funcionarios, sometiéndoles a una obligación general de secreto profesional, del que no pueden desligarse sino es con autorización de sus respectivos ministros, obligación que, como veremos más adelante, es oponible frente a un juez. El decreto de 12 de mayo de 1981 de «Organización de la protección de los secretos y de las informaciones concernientes a la defensa nacional y la seguridad del Estado», que tras crear tres categorías distintas de secretos; «muy alto secreto de defensa», «secreto defensa» y «confidencial defensa» establece con carácter categórico en su artículo 7 que «nadie está cualificado para conocer las informaciones protegidas si no ha recibido autorización previa y si no ha sido reconocido como poseedor de la necesidad de conocerlos para el cumplimiento de su función o de su misión», correspondiendo la autorización al Ministro de Defensa para la primera de la categorías y al Ministro competente en las demás”. Santolaya Machetti, Pablo; “El Control de los secretos de Estado; la experiencia en derecho comparado”; “Revista del Poder Judicial”, nº 40, edición electrónica, ISSN 1577-208 X.

<sup>425</sup> El asunto terminó en juicio y principió siendo portada de los periódicos. Se instaló en los locales de la Presidencia de la República un centro de espionaje indiscriminado. Con el antiterrorismo como excusa se vigilaba a escritores, periodistas, políticos, jueces, abogados,... Las escuchas eran directamente controladas por la DST por orden del director del gabinete del entonces Primer Ministro, Laurent Fabius. Vid. “Le Figaro”, 9 de marzo de 1995.

responsabilidades. De lo contrario, ejecutivo y ejecutores terminan siendo prisioneros del espanto<sup>426</sup> o quizá, del deseo irrefrenable de saber inherente a la condición humana<sup>427</sup>. Ciertamente el Gobierno puede cesar a los jefes de los servicios pero, si esa posibilidad no va acompañada de una legislación garantista y detallada, los servicios del estado pueden tornarse fácilmente en servicios del partido dominante.

### **3.2.2. El control por el Parlamento**

La Constitución francesa de 1958 determina la obligación del Gobierno de entregar al Parlamento la información que precise para poder llevar a cabo su función de control<sup>428</sup>. Sin embargo, tal obligación es indirecta, el Gobierno no proporciona la información que el Parlamento solicita sino la que estima oportuno en discursos y debates, “no existe ninguna norma escrita que obligue al Gobierno a proporcionar toda la información que demande el Parlamento”<sup>429</sup>. Por otro lado “a tenor del artículo 7 de las Ordenanzas de 17 de noviembre de 1958, las Comisiones de investigación y de control tienen impedido el acceso a secretos que se refieran a la defensa nacional, los asuntos exteriores y la seguridad interior o exterior del Estado”<sup>430</sup>.

Los secretos más importantes del Estado, los clasificados como “muy alto secreto de Defensa” sólo se comunican al Presidente de la Asamblea con autorización del Primer Ministro<sup>431</sup>. En el segundo nivel de secreto, “secreto de Defensa”, sólo hay control por parte de un grupo muy reducido de

<sup>426</sup> Borges: “No nos une el amor sino el espanto”.

<sup>427</sup> “*Omnes homines natura scire desiderant*”. Aristóteles; *Metafísica*; Madrid, 1982, pag. 3.

<sup>428</sup> Arts. 20, 49 y 50 de la Constitución francesa de 1958. Cfr. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 74.

<sup>429</sup> *Ibidem*; pág. 27.

<sup>430</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>431</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*; pág. 75.

parlamentarios. La comunicación, previa autorización de los ministros cuyos departamentos están implicados, se realiza de forma tardía y *a posteriori*. Así las cosas no es extraño que Santolaya Machetti concluya que las posibilidades de control del Parlamento “son prácticamente nulas”<sup>432</sup>.

### **3.2.3. El control judicial**

Dos decisiones del Consejo de Estado francés dan una idea clara de las posibilidades con que cuenta el control judicial que, dicho sea de paso, sólo desde la generosidad pueden calificarse de sumamente restringidas.

La primera es de fecha 11 de marzo de 1955. En ella se afirma que un juez “no puede, utilizando sus poderes instructores, prescribir la comunicación de documentos en relación a los cuales la autoridad competente cree deber afirmar que su divulgación, incluso realizada bajo las garantías y formas jurisdiccionales, está excluida por las necesidades de la defensa nacional”. Además, señala un obstáculo genérico que haría inviable el control judicial de los secretos de estado «si tal comunicación sólo es concebible para la utilidad exclusiva del juez, se desconocería el carácter contradictorio del procedimiento»<sup>433</sup>.

En el caso del «*Canard Enchaîné*»<sup>434</sup> un juez de instrucción solicita unos datos al Ministerio del Interior quien ni siquiera responde. Consultado por el Primer Ministro el Consejo de Estado emite dos «*Avis*» el 29 de agosto de 1974 “en los que señala que si bien los funcionarios debían atender a los requerimientos judiciales, sin embargo, siendo detentadores de un secreto de

---

<sup>432</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>433</sup> *Ibidem.*

<sup>434</sup> Este caso se inicia con motivo del descubrimiento de micrófonos ocultos en la sede de una revista satírica.

defensa nacional tenían la obligación de no divulgar las informaciones protegidas incluso frente a la jurisdicción<sup>435</sup>, *id est*, se debe contestar “no”.

### **3.3. En particular: la interceptación de las telecomunicaciones**

La revisión de esta parte del ordenamiento jurídico francés, peculiar y distinto, por lo que atañe a la seguridad nacional en comparación con otros ordenamientos afines, ayuda a mostrar nítidamente cual sea la foto de familia que el derecho francés dispone para la seguridad nacional y otros hijos menores (servicios secretos).

#### **3.3.1. Escuchas administrativas**

Las escuchas administrativas en el ordenamiento jurídico francés están reguladas en el Título II de la Ley 91-646<sup>436</sup>, de 10 de julio de 1991<sup>437</sup>. En este Título II se instituye un régimen de escuchas que se caracteriza por que la autorización corresponde al Ejecutivo bajo control de una comisión de carácter administrativo<sup>438</sup>. No se precisan los delitos que permiten las escuchas, ni quienes serán los escuchados. A propuesta del Ministro de Interior o del de

<sup>435</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>436</sup> Cuyo análisis detallado puede verse en Chambon, Pierre; *“Analyse et commentaire de la Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications”*; *“Actualité Legislative Dalloz”*, n° 22/91, de 26 de Diciembre.

<sup>437</sup> “Las escuchas administrativas con anterioridad a esta ley, suponían un auténtico descontrol en Francia, tanto por la ausencia de legislación específica...como por el número de órganos habilitados para autorizarlas. Una directiva interna del Primer Ministro Michel Debré creó el Grupo Interministerial de Control (GIC) que puso fin a la total anarquía que reinaba sobre las escuchas administrativas, organizándolas y centralizándolas”. Manzano Sousa, Manuel; *La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea*; Madrid, 1996, pág. 87.

<sup>438</sup> La Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad está presidida por una personalidad que designa el Presidente de la República, por un periodo de 6 años, entre una lista de cuatro nombres que proponen el Vicepresidente del Consejo de Estado y el Presidente del Tribunal Supremo, mas un diputado y un senador designados por sus respectivos presidentes. Lo único que puede hacer es “recomendar” al Primer Ministro que se cese en la ejecución de alguna escucha si considera que infringe el ordenamiento jurídico. Arts. 13 y 14 de la Ley 91-646. Un particular puede “reclamar” (no recurrir) ante la Comisión (difícil porque en ningún momento se le notifica que esté siendo objeto de escuchas o lo haya sido, y si la Comisión encuentra que se ha transgredido la Ley (también difícil por la amplitud y falta de precisión de la misma) lo pone en conocimiento del Mº Fiscal.

Aduanas, el Primer Ministro (o las personas que él determine<sup>439</sup>), autorizará cuantas escuchas estime convenientes sin notificarlo al juez ni al Mº Fiscal<sup>440</sup>. La ley prevé la destrucción de tales escuchas en un plazo máximo de diez días pero nada se dice de las transcripciones.

### **3.3.2. Interceptaciones extraordinarias sin sujeción a control**

El Título I de la ley 91-646 se ocupa de las escuchas judiciales, el II, de las administrativas y el III, de las Disposiciones Comunes. Es en este Título III donde se da “carta blanca a los poderes públicos para realizar operaciones de exploración de frecuencias radioeléctricas con ocasión de las cuales pueden ser captadas, de manera aleatoria, las comunicaciones... al objeto de garantizar los fines de defensa de los intereses nacionales”<sup>441</sup>.

Estas interceptaciones no son individualizables, cuantificables, localizables ni están sometidas a control alguno. Este territorio es coto privado de la razón de Estado.

### **3.4. Diferencias con el sistema español.**

Las diferencias con el sistema español son las que siguen: en primer lugar, el control parlamentario francés es mucho mas laxo que el español y con mucha mayor distancia en el tiempo desde que los sucesos tuvieron lugar.

---

<sup>439</sup> Art. 4 de la Ley 91-646.

<sup>440</sup> “...puede concluirse que cualquier persona, que a juicio de los servicios ministeriales interesados, pueda tener alguna relación con alguna de las materias previstas legalmente, sin precisarse indicios reales suficientes o sospechas de entidad considerables de un supuesto típico delictivo, puede ser objeto de vigilancia de seguridad de sus telecomunicaciones”. Manzano Sousa, Manuel; *op. cit.*; pág. 94. Las materias previstas legalmente son las del artículo 3 de la Ley 91-646: seguridad nacional, salvaguardia de los elementos esenciales del potencial científico o económico de Francia, la prevención del terrorismo, de la criminalidad y de la delincuencia organizada.

<sup>441</sup> Manzano Sousa, Manuel; *op. cit.*; pág. 107.

En segundo lugar, la administración francesa se niega en redondo a colaborar con los jueces siempre que entienda que pueda haber por medio razones de seguridad nacional. El juez no tiene capacidad para solicitar documentos o vídeos ni ninguna posibilidad de obtenerlos.

Finalmente, en España, con la actual legislación no es posible interceptar las comunicaciones al margen del control judicial y sin observar las debidas garantías.

#### **4. Alemania**

La Constitución alemana es la Ley Fundamental de Bonn promulgada el 23 de mayo de 1.949. Curiosamente se aprueba con carácter provisional esperando un nuevo texto que tendría lugar después de la reunificación alemana. No hubo tal, sino una amplia reforma de la constitución existente que no es meramente programática sino que garantiza la aplicación directa de los derechos y libertades fundamentales<sup>442</sup>. En esta línea el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn garantiza explícitamente el derecho de los ciudadanos a acudir a los tribunales ordinarios de Justicia caso de que sus derechos sean vulnerados por el poder público<sup>443</sup>. Lo mismo es predicable de las personas jurídicas porque la constitución alemana extiende a ellas los derechos fundamentales "en la medida que la naturaleza del derecho lo permita"<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> Polakiewicz; "El proceso histórico de implantación de los derechos fundamentales en Alemania"; "Revista de Estudios Políticos"; 1.993, núm. 81, págs. 23 y ss.

<sup>443</sup> Art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn: "Cuando los derechos sean vulnerados por el poder público, la persona afectada podrá recurrir a la ley. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, los tribunales ordinarios serán competentes..."

<sup>444</sup> Artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

Finalmente, destacar, no sólo en Alemania, sino en general en la cultura jurídica centroeuropea, la preeminencia de la verdad como valor en sí mismo absoluto<sup>445</sup>.

#### 4.1. Fundamento constitucional de los servicios de inteligencia

Parte significativa de la doctrina alemana entronca la existencia de la Constitución con la necesidad de defenderla, y ahí se incardinan los servicios de inteligencia; es la democracia militante de que hablaba Loewenstein formulada ahora como democracia defensiva (*werhafte Demokratie*), principio básico del ordenamiento jurídico alemán<sup>446</sup>. Ahora bien, esta idea de defensa de la Constitución permite la existencia de servicios de inteligencia en los *Länder*, que también tienen Constitución y también necesitan defenderla.

Descendiendo al articulado concreto de la *Bonner Grundgesetz* (Ley Fundamental de Bonn) hay dos artículos que han sido alegados como anclaje específico de la comunidad de inteligencia: el artículo 73.10.b) y el artículo 87.1.2. El primero atribuye a la Federación la competencia exclusiva para legislar en beneficio de la “protección del orden fundamental democrático de libertad, la estabilidad y la seguridad de la Federación o de un *Land*”<sup>447</sup>. El segundo deja claro que “se podrán establecer mediante ley federal... oficinas centrales para la coordinación de la información y las comunicaciones policiales, para la policía criminal y para la recogida de antecedentes con fines de defensa de la Constitución y de defensa frente a tentativas, en territorio

---

<sup>445</sup> Así, por ejemplo, son penalmente irrelevantes las afirmaciones verdaderas que incidan negativamente sobre el honor. Hay una especie de consagración del derecho a la verdad: lo cierto no puede ser contrario a derecho (El TC alemán definiría los caracteres de la exigencia de verdad a partir del caso Schmid-Spiegel). El asunto es relevante porque el daño que se produzca al ciudadano desde los órganos del estado va ser verdadero la mayor parte de los casos. El estado tiene los medios y la información para conocer con detalle la vida del individuo.

<sup>446</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 134.

<sup>447</sup> *Ibidem*, pág. 135.



federal, de poner en peligro intereses exteriores de la República Federal de Alemania mediante el empleo de la violencia o frente a acciones preparatorias encaminadas a dicha finalidad”.

#### 4.2. La comunidad de inteligencia alemana

Como casi todas las comunidades de inteligencia avanzadas, la alemana presenta tres órganos principales: La *Bundesamt für Verfassungsschutz* (Oficina Federal de Seguridad, BfV, contraespionaje), la *Bundesnachrichtendienst* (Agencia de Inteligencia Exterior, BND), y el *Militärischen Abschirmdienst* (Servicio de Protección Militar, MAD). Es una comunidad con extensa tradición de inteligencia por cuanto ya en la época de Carlomagno puede hablarse de una red organizada de espionaje<sup>448</sup>.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica Stern los considera instituciones *sui generis* ubicadas en el Poder Ejecutivo<sup>449</sup>.

##### 4.2.1. *Bundesamt für Verfassungsschutz* (BfV)

La Oficina Federal de Seguridad se crea por una norma con rango de Ley en 1.950<sup>450</sup> y se ocupa de contraespionaje alemán. Depende orgánicamente del Ministerio Federal del Interior y tiene su centro de operaciones en Colonia.

Su primer director fue Otto John<sup>451</sup>. Desde sus orígenes libró una lucha sin cuartel contra el espionaje del bloque soviético y, sobre todo, contra su

<sup>448</sup> Emde, Heiner; *Verrat und Spionage in Deutschland*; Múnich/Zurich, 1980, pág. 20.

<sup>449</sup> Stern, Klaus; *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*; Múnich, 1984, pág. 195.

<sup>450</sup> Hoy sus actividades están reguladas por Ley de 20 de Diciembre de 1990 (*Bundesverfassungsschutzgesetz*).

<sup>451</sup> Desaparece en Berlín Oeste la noche del 20 de julio de 1.954 y, tras ser visto en la RDA, reaparece otra vez en la RFA en diciembre de 1.955. Detenido e interrogado, fue procesado y condenado a cuatro años de cárcel. No es posible precisar mediante fuentes abiertas si fue o no agente del KGB. Vid. Pastor Petit, Domingo; *op. cit.* págs. 216 y 217.

némesis, la efficacísima *Stasi*, la inteligencia de la República Democrática de Alemania<sup>452</sup>. La BfV se halla dividida en Secciones según “el tipo de actividad contraria a la Constitución contra la que busca defenderse”<sup>453</sup>. Al frente del servicio se encuentran un Presidente y un Vicepresidente pertenecientes o afines a los dos principales partidos alemanes que periódicamente se turnan en el ejercicio del poder.

La misión principal de la BfV es obtener información “sobre las tentativas contrarias al orden fundamental de libertad y democracia, la estabilidad y la seguridad de la Federación y los *Länder*, sobre las actividades secretas (contraespionaje) o contrarias a la seguridad de la Federación realizadas dentro del territorio alemán y sobre las tentativas que, dentro de Alemania, traten de poner en peligro los intereses exteriores de Alemania mediante acciones de fuerza”<sup>454</sup>.

#### **4.2.2. Bundesnachrichtendienst (BND)**

La Agencia de Inteligencia Exterior depende del Gabinete del Canciller Federal. Fue creada en 1945 (adquiriendo definitiva carta de naturaleza en 1956<sup>455</sup> tras independizarse completamente de la CIA) bajo la dirección de

---

<sup>452</sup> En 1.985 Hans Joachim Tiedge, alto dirigente del BfV, se pasó a la RDA con documentación de 160 agentes que operaban en la Alemania comunista. Markus Wolf (*Misha, Karla, “el hombre sin rostro”*), jefe de la HVA –“*stasi*”– demostró ser un adversario formidable. Sus “romeos” y “secretarias gazmoñas” han devenido en clásicos de la inteligencia mundial. En declaraciones posteriores a la caída del Muro dice haber reclutado mujeres jóvenes con las cuales “incluso el Papa habría cooperado”. Entre sus hazañas destaca, como mérito suyo y demérito de la BfV, haber colocado a uno de sus agentes – Günther Guillaume (Peter Lohse era su nombre verdadero) – como secretario de Willy Brandt lo que provocó la ulterior dimisión del mandatario alemán. Pastor Petit, Domingo; *op. cit.* págs. 400 y 401. El mérito de la detección de Günter Guillaume corresponde, dicho sea de paso, a la inteligencia española en su etapa como SECED. Cfr. Muniesa, Fernando; *Los espías de madera*; Madrid, 1.999; pág. 215.

<sup>453</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, pág. 137. El esquema detallado de la BfV puede verse en Borgs-Maciejewski, Hermann; *Was jeder vom Verfassungsschutz wissen sollte. Aufgaben. Methoden. Organisation*; Heidelberg, 1988, pág. 27.

<sup>454</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 137 y 138.

<sup>455</sup> Por una resolución del Gobierno Federal de 21 de febrero de 1956, es decir, al contrario que la BfV, fue creada por una disposición sin rango legal. Regulado hoy por ley de 20 de diciembre de 1990 cuyo artículo 4 contiene la ley del BND, *BNDGesetz*.

Reinhard Gehlen<sup>456</sup> De hecho, en sus orígenes, la BND sería conocida como "Organización Gehlen". Su sede se encuentra en Pullach, en una finca-fortaleza a las afueras de Munich, rodeada de un bosque de hayas. El servicio está dirigido por un Presidente y un Vicepresidente y consta de seis Secciones principales<sup>457</sup>. La misión del BND es recopilar "información exterior relevante para la política y la seguridad exterior del Estado alemán"<sup>458</sup>. Una parte muy importante del moderno BND es la organización autónoma "Rahab"<sup>459</sup> creada en 1989 para conseguir información sobre cuestiones económicas, industriales y tecnológicas, mediante el uso de los ordenadores.

Finalmente, la "BND se sirve de la compañía telefónica alemana para vigilar, y de modo sistemático, las telecomunicaciones de empresas extranjeras con filiales e instalaciones en Alemania"<sup>460</sup>.

#### **4.2.3. *Militärischen Abschirdienst (MAD)***

El Servicio de Protección Militar fue creado por un Decreto del Ministerio de Defensa en el año 1956<sup>461</sup>. Depende del Ministerio de Defensa y tiene su sede en Colonia, la misma localidad que el BfV.

Sus objetivos son: "...obtener información acerca de las tentativas contrarias al orden fundamental de libertad y democracia, la estabilidad y la

<sup>456</sup> Amigo personal de Franco a quien regaló la correspondencia comprometedor que éste había cruzado con Adolf Hitler. Bajo el régimen nazi fue responsable de la inteligencia relacionada con la URSS. En 1945 se entregó a los norteamericanos con "50 cajas de documentos microfilmados". Fue la CIA quien financió los orígenes de la "Organización Gehlen" futuro BND. Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*; pág. 166. *Ad abundantiam*, Gehlen, Reinhard; *Der Dienst. Erinnerungen 1942-1971*; Stuttgart, 1971, *passim*.

<sup>457</sup> Borgs-Maciejewski, Hermann; *op. cit.*; pág. 126.

<sup>458</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 139. Tal misión está establecida por ley en el parágrafo 1.2 de la Ley del BND, *BNDGesetz*.

<sup>459</sup> Rahab es el nombre de una meretriz de Jericó que dio cobijo y auxilio a los espías de Josué, ocultándolos en su casa, poco antes de que éste asaltase la ciudad. Cfr. *La Santa Biblia*; Madrid, 1986, Libro de Josué, Capítulos 2 a 6.

<sup>460</sup> Pastor Petit, Domingo; *Op. cit.*; pág. 56.

<sup>461</sup> Al crearse la *Bundeswehr*, tras el desastre de la II Guerra Mundial, se sintió la necesidad de dotarlo de unos servicios de inteligencia específicos de ámbito militar. Hoy su regulación legal viene establecida por la ley de 20 de diciembre de 1990 cuyo artículo 3 contiene la Ley del Servicio de Protección Militar (*MADGesetz*).

seguridad de la federación o de un *Land* y acerca de las actividades secretas o peligrosas realizadas para una potencia extranjera cuando dichas tentativas o actividades se realicen contra personas, instalaciones u órganos del Ministerio de Defensa o por personas provenientes de este Ministerio o relacionadas con el mismo”<sup>462</sup>.

#### **4.3. En particular: el caso de los *Länder***

Los *Länder*, o bien han creado oficinas de defensa de la Constitución “dependientes del respectivo Ministerio del Interior, o bien meros departamentos de estos ministerios han sido encargados de su defensa. En cualquier caso todos los *Länder* deben contar con un órgano para encargarse de los asuntos de defensa de la Constitución”<sup>463</sup>. Como es natural la actuación de tales órganos se limita al territorio del Land.

#### **4.4. La coordinación de la comunidad de inteligencia**

El escándalo “Guillaume” –secretario de Willy Brandt– propició que el 29 de enero de 1975 se dictase un reglamento de organización por el Canciller federal creando la figura del “Encargado para los servicios de inteligencia”, que recayó en el jefe de la Oficina de la Cancillería Federal<sup>464</sup>. El Secretario de Estado de la Cancillería Federal coordina todos los ministerios y es también el “coordinador” de los servicios federales de inteligencia. Los servicios de los *Länder* están coordinados por el Presidente de su homóloga federal, la BfV. Esta actividad del “coordinador” de la comunidad de inteligencia alemana se

---

<sup>462</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 138 y 139. Tales objetivos están establecidos por ley en el párrafo 1.1 de la Ley del MAD, *MADGesetz*.

<sup>463</sup> *Ibidem*; pág. 141.

<sup>464</sup> *Vid.* reglamento organizativo de 17 de Diciembre de 1984, modificado por otro de 3 de Mayo de 1989.

despliega en tres ámbitos diferentes: "presidiendo la Comisión de Secretarios de Estado sobre servicios de inteligencia y seguridad; colaborando en el tratamiento parlamentario de los asuntos presupuestarios de estos tres servicios; y coordinando la preparación de las Sesiones de la Comisión Parlamentaria de Control de los Servicios de inteligencia"<sup>465</sup>. El coordinador tiene, respecto de la comunidad de inteligencia federal, un derecho a saber y ser consultado, pero carece de un derecho a interferir<sup>466</sup>. Existen además, dos comisiones específicas de coordinación que ya estaban previstas en el ordenamiento jurídico alemán antes de la reforma de 1975: la Comisión de Secretarios de Estado para los servicios secretos y la seguridad<sup>467</sup> y la Comisión permanente para asuntos de inteligencia<sup>468</sup>.

#### **4.5. Las competencias**

Por carta de los gobernadores aliados -1949- se separaron en Alemania las labores de policía y las labores de inteligencia<sup>469</sup>. El ordenamiento jurídico alemán ofrece una visión pormenorizada de hasta donde pueden llegar los servicios de inteligencia en la realización de las actividades encubiertas propias de los mismos.

---

<sup>465</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 140.

<sup>466</sup> No puede oponerse a las decisiones tomadas por los respectivos Presidentes de los diferentes servicios.

<sup>467</sup> La Comisión se constituyó en 1955 y la integran los secretarios de estado de los ministerios de Interior, Justicia, Defensa y Asuntos Exteriores.

<sup>468</sup> Presidida por el Encargado para los servicios de inteligencia, está integrada por los presidentes de los tres servicios principales de carácter federal, el Portavoz del Gobierno, los secretarios de estado responsables de estos servicios en sus respectivos ministerios y, si se considerase necesario, altos funcionarios competentes en la materia. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 140.

<sup>469</sup> Separación que posteriormente ha encontrado acomodo en la Ley Fundamental del Bonn (artículos 65.2 y 83 y ss.), en la legislación específica que regula los servicios de inteligencia y en la propia doctrina del Tribunal Constitucional alemán.

#### 4.5.1. El secreto de las comunicaciones y de las telecomunicaciones

El artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn ha sido desarrollado por la Ley de Limitación del Secreto de las Comunicaciones de 13 de agosto de 1968<sup>470</sup>, que ha sido objeto de sucesivas reformas en 1968, 1978, 1989, 1997 y 2001. Esta ley legitima a los servicios de inteligencia federales y de los *länder* “para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones en ciertas condiciones... El presupuesto de hecho para legitimar la adopción de estas medidas limitadoras es la prevención frente a amenazas al orden fundamental de democracia y libertad o la estabilidad y la seguridad de la Federación o de un *Land*”<sup>471</sup>.

Los párrafos 9 a 11 de la G10 concretan la forma en que ha de hacerse la petición<sup>472</sup> y el párrafo 12 establece que al afectado se le informará de las medidas de intervención adoptadas en sus comunicaciones cuando no quepa duda de que tal comunicación no pondrá en peligro el objetivo perseguido por la intervención.

Por su parte, la Ley de Telecomunicaciones<sup>473</sup> en sus artículos 89 y 90 establece que los servicios de inteligencia (federales y de los *länder*) pueden requerir de las empresas de telecomunicaciones “los datos de los particulares o empresas que tuvieran en su poder, cuando ello fuera necesario para evitar un peligro para la seguridad pública o el ordenamiento, o para cumplir un deber que la ley impone a esos servicios”<sup>474</sup>.

<sup>470</sup> Más conocida como G10: *Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz*, Ley sobre el artículo 10 de la Ley Fundamental.

<sup>471</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 145. Cfr. párrafo 1.1 G10.

<sup>472</sup> El Presidente o Vicepresidente del servicio en cuestión debe indicar el tipo de limitación precisando todos los detalles y razonando los mismos. La orden de limitación, emitida por la autoridad federal (ministro) o del *land* correspondiente, debe indicar todas las circunstancias de la medida limitadora.

<sup>473</sup> *Telekommunikationsgesetz*, de 17 de diciembre de 1997.

<sup>474</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 146. Si el BND lo solicitase facilitarán también información sobre las redes.

#### 4.5.2. Entrada en domicilio y otros métodos del espionaje clásico

El artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn fue reformado en 1998 con la finalidad de permitir la introducción en domicilios de medios técnicos de vigilancia para prevenir un grave peligro para la seguridad pública. Estas medidas cuentan con un control judicial inmediatamente posterior a su adopción y con un control parlamentario, puesto que los ejecutivos (el federal o el de los *Länder*) que adopten tales medidas deben informar a sus parlamentos con carácter anual.

La reglamentación alemana de los servicios de inteligencia permite a tales servicios obtener información recurriendo a los métodos clásicos del espionaje tradicional, citando alguno de ellos *ad exemplum* (tintas, infiltración de agentes, observación...), no con carácter de *numerus clausus*<sup>475</sup>.

#### 4.5.3. Tratamiento de datos personales

Del estudio conjunto de la Ley de Protección de Datos Personales (*Bundesdatenschutzgesetz*) y de la reglamentación de los servicios de inteligencia alemanes se desprende que tales disposiciones deben ser escrupulosamente respetadas por la comunidad de inteligencia en el tratamiento de datos de carácter personal.

Destaca la posibilidad que tienen los ciudadanos alemanes de acceder a los datos que sobre ellos obren en poder de los servicios de inteligencia (si alegan un interés específico y se ciñen a un aspecto determinado). No

---

<sup>475</sup> Se trata de una reglamentación muy detallada que obliga a que la técnica a emplear esté recogida en una orden interna que establezca quien es la autoridad competente para ordenar su uso (la orden deberá tener el visto bueno del Ministro Federal del Interior, que informará a la Comisión Parlamentaria de Servicios Secretos); las técnicas estarán sometidas al principio de necesidad, al de relación directa con el objeto de la investigación, cesarán cuando se haya logrado el fin o cuando quede claro que por ese camino no puede lograrse y se elegirá la menos gravosa para el afectado.

obstante, hay que dejar sentado que tal derecho presenta numerosas limitaciones para evitar que la seguridad pública pudiera verse afectada<sup>476</sup>.

#### **4.6. El Estatuto del Personal**

La Ley de Funcionarios Federales<sup>477</sup> contiene una pormenorizada regulación del secreto profesional de los funcionarios que les obliga a mantener el secreto de los asuntos de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su actividad oficial: «El funcionario no podrá dar testimonio ni declarar sobre estos asuntos ni ante un Tribunal ni extrajudicialmente sin haber sido autorizado para ello. La autorización la dará su superior jerárquico»<sup>478</sup>, estando su incumplimiento castigado en el artículo 353 B del Código Penal. “Parece en consecuencia que el secreto profesional en estas materias se impone al control judicial, como así lo reconoce el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que declara aplicable la necesidad de autorización del superior jerárquico cuando se trate de tomar declaración como testigos a funcionarios en relación con circunstancias a las que se refiere su obligación de mantener el secreto profesional y de utilizar sus declaraciones”<sup>479</sup>. “Este deber de secreto, sin embargo, deja intactos otros dos importantísimos deberes, el de denunciar los delitos de los que tenga conocimiento y el de colaborar en el mantenimiento del orden fundamental de libertad y democracia cuando dicho orden se halle en peligro”<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> Quien tutela este derecho del ciudadano es el Encargado Federal de Datos Personales, ubicado en el Ministerio del Interior aunque con un amplio margen de autonomía respecto del Ministro. Los servicios sólo pueden negarse a proporcionarle los datos que solicite si existe una declaración del Ministro correspondiente en el sentido de que tales datos pudieran poner en peligro a la Federación o a un *Land*.

<sup>477</sup> *Bundesbeamtengesetz*, de 27 de febrero de 1985.

<sup>478</sup> Art. 61 de la *Bundesbeamtengesetz*.

<sup>479</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>480</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 142. *Cfr.* parágrafo 61.4 de la *Bundesbeamtengesetz*.



El funcionario de los servicios secretos es investigado antes de formar parte de los mismos y, concluida su relación, deberá guardar reserva<sup>481</sup> como si estuviese en activo. La autorización para revelar sus actividades anteriores depende del último superior jerárquico que tuvo, que también podrá reclamarle cuantas memorias, notas o apuntes estime oportuno<sup>482</sup>.

#### **4.7. El control de los servicios secretos**

Se examina a continuación el control sobre la comunidad de inteligencia alemana, incluyendo los órganos federales y aquellos otros que dependen de los *Länder*.

##### **4.7.1. El control por el ejecutivo**

Los respectivos Ministros (federales o de los *Länder*) controlan los servicios de inteligencia puesto que ellos son los responsables políticos de tales servicios<sup>483</sup>.

El Ministro correspondiente ejerce una inspección administrativa (admisión, suspensión, expulsión de los empleados) y una inspección política (que se extiende a toda la actividad del centro).

##### **4.7.2. El control parlamentario**

El control parlamentario<sup>484</sup> sobre la comunidad de inteligencia alemana lo ejercen por duplicado tanto las comisiones permanentes que controlan la

---

<sup>481</sup> Parágrafo 61.2 de la ley citada *ut supra*.

<sup>482</sup> Parágrafo 61.3 de la *Bundesbeamtenengesetz*.

<sup>483</sup> Art. 65 de la Ley Fundamental de Bonn.

<sup>484</sup> Control parlamentario que pueden llevar a cabo tanto los *Länder* como la Federación. En este caso, el órgano encargado es el *Bundestag*, pero no el *Bundesrat*.

actividad de cada ministerio<sup>485</sup> donde los servicios se incardinan, como la comisión específica que se ocupa de los servicios de inteligencia<sup>486</sup>. Respecto de esta última el Gobierno tiene la posibilidad de excluir el control parlamentario, hasta cierto punto<sup>487</sup>, “ya que a tenor de la *Ley de Control Parlamentario sobre las Actividades del Servicio Secreto del Estado*, de 27 de mayo de 1992, puede negarse a dar información sobre ciertos procedimientos, simplemente justificando su negativa ante la Comisión Parlamentaria de Control, estando sometida una motivación insuficiente exclusivamente a los mecanismos de responsabilidad política”<sup>488</sup>.

Hay que tener en cuenta también que la G10 crea dos órganos de control compuestos por miembros del *Bundestag*. El primero es una Comisión compuesta por cinco diputados del *Bundestag* que “debe ser informada por los Ministros responsables de los servicios secretos (BfV, BND, MAD) de las medidas limitativas tomadas en aplicación de la G10 en un plazo máximo de seis meses. Esta Comisión, por su parte, somete anualmente al pleno del *Bundestag* un informe sobre la ejecución, tipo y alcance de las medidas adoptadas al amparo de esta ley”<sup>489</sup>. El segundo es un Comité<sup>490</sup> presidido por una persona que reúna los requisitos para ser juez y que ostenta un voto de

<sup>485</sup> En el caso del Ministerio de Defensa (*Ad abundantiam*, Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Eugenia; *op. cit.*; págs. 67 a 69) hay que anotar también la figura del Comisario de Defensa como órgano auxiliar del *Bundestag*. La ley que regula esta figura es de 30 de marzo de 1990 y le “concede amplios derechos de información. De acuerdo con el artículo 12 existe el deber de información por parte de la Justicia y las autoridades administrativas de la Federación y los *Länder*. El artículo 3 le concede, entre otros, el derecho a inspeccionar los expedientes del Ministro Federal de Defensa que sólo se pueden negar si lo aconsejan motivos apremiantes relacionados con la necesidad de guardar secreto. Disfruta, por otra parte, de un amplio derecho de acceso a las instalaciones militares y a procedimientos disciplinarios”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Eugenia; *op. cit.*; pág. 69.

<sup>486</sup> A estas dos opciones hay que sumar una tercera: la posibilidad de crear comisiones de investigación sobre asuntos (también) relacionados con los servicios de inteligencia.

<sup>487</sup> El Comité de control creado por la G10 sí tiene posibilidad de control en sentido estricto.

<sup>488</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>489</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 155. *Cfr.* art. 1, parágrafo 14.1 G10. Este órgano tiene naturaleza de comisión permanente no legislativa que se limita meramente a ser informada.

<sup>490</sup> Cuya naturaleza es la de ser órgano asesor del Parlamento con competencias de control en sentido estricto. Art. 1, parágrafo 15, G10.

calidad. La forman además tres diputados con voz y voto, y cuatro con voz pero sin voto. Los Ministros competentes informan de las medidas limitadoras adoptadas y el Comité decide –de forma vinculante- la conveniencia de las mismas, normalmente *a priori*, y *a posteriori* caso de necesidad<sup>491</sup>.

Cabe, además de todo lo expuesto, la posibilidad de un control presupuestario con una doble vertiente: el control que pueda efectuar la Comisión para el control y la autorización de los planes económicos de los servicios de inteligencia<sup>492</sup> (dentro de la Comisión de Presupuestos del Bundestag) y el llevado a cabo por el Tribunal Federal de Cuentas.

#### 4.7.3. El control judicial

La comunidad de inteligencia alemana se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, como no podría ser de otra manera, tratándose de órganos creados para la defensa de la constitución<sup>493</sup>. Esta afirmación encuentra apoyo legal en el artículo 19.IV de la Ley Fundamental de Bonn<sup>494</sup>, en el Tribunal Constitucional<sup>495</sup> y en las leyes reguladoras de los propios servicios<sup>496</sup>.

<sup>491</sup> *Ad abundantiam*, Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 155.

<sup>492</sup> El grupo parlamentario de Los Verdes recurrió su exclusión de la misma. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 de enero de 1986, determinó que tal exclusión era legítima basándose en los siguientes argumentos: Primero, la protección de las minorías parlamentarias es un bien que debe ser ponderado con otros igualmente relevantes, es decir, no se trata de un bien que tenga carácter absoluto. Segundo, la imposición de la representación de las minorías haría imposible la formación de órganos reducidos pues en tales órganos ocurriría que la mayoría dejaría de ser tal mayoría. Tercero, la mayoría debe poder elegir libremente a los representantes que merezcan su confianza. Cuarto, esta decisión se toma en el ámbito de la autonomía parlamentaria, sobre la que el Tribunal Constitucional alemán no tiene nada que decir, y es tan constitucional como si se hubiese tomado la misma determinación pero en sentido inverso.

<sup>493</sup> Borgs-Maciejewski, Hermann; *op. cit.*; pág. 82.

<sup>494</sup> Con la excepción de las actuaciones llevadas a cabo para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 10). En lugar de control judicial existe un Comité (del que ya se habló anteriormente) compuesto por una persona con cualificación suficiente para ejercer como juez y siete diputados: tres con derecho a voz y voto, y cuatro que sólo pueden hablar pero no votar.

<sup>495</sup> Sentencia de 15 de diciembre de 1970.

<sup>496</sup> Parágrafo 3.3 de la *Bundesverfassungsschutzgesetz*, y 1.5 de la *MADGesetz*.

Los tribunales de lo penal pueden conocer de asuntos relacionados con los servicios secretos y si el ejecutivo denegase la información necesaria tal decisión sería recurrible ante los tribunales de lo contencioso administrativo<sup>497</sup>. Caso de que el ejecutivo alegase que revelar la información podría ser perjudicial para un *Land* o para la Federación, al interesado aún le cabría la posibilidad de promover un incidente que debería resolver el Tribunal Supremo siendo parte la autoridad administrativa que haya denegado la solicitud (Parágrafo 99.2 de la Ley del Procedimiento Contencioso-Administrativo).

#### **4.7.4. El control por la opinión pública**

Los servicios de inteligencia interior de la comunidad de inteligencia alemana (tanto el federal como los de los *Länder*) tienen la obligación legal de redactar un informe anual dirigido a la opinión pública, informe que puede obtenerse sin costo alguno ante los respectivos servicios.

#### **4.8. Similitudes y diferencias con el caso español**

La creación de la comunidad de inteligencia alemana tiene que ver directamente con la idea de defender los valores constitucionales y evitar que un vaciado del estado de derecho pudiera desembocar en algo similar a lo sucedido con el III Reich.

---

<sup>497</sup> Tal revisión –según el Tribunal Constitucional– sólo puede llevarse a cabo “si se cumplen ciertas condiciones. En primer lugar, la denegación de información a los tribunales no puede ser tal que les impida la verificación de la constitucionalidad de los intereses protegidos; en segundo lugar, las decisiones de los tribunales deben ponderar, de un lado, el interés del mantenimiento del secreto oficial principalmente en orden a la protección de la vida, la integridad física y la libertad del agente del Estado llamado a declarar y, de otro, el interés en obtener un procedimiento equitativo y acorde con las exigencias del Estado de Derecho; en tercer lugar, la decisión del Ejecutivo de denegar la autorización para declarar debe estar explícitamente fundamentada para permitir a los tribunales un control de al menos los defectos notorios de la misma; y, en cuarto lugar, la decisión denegatoria debe ser adoptada por el máximo responsable del servicio afectado. Para anular el efecto de cierre del acto del Ejecutivo y abrir la puerta al control judicial, los jueces deben ponderar los bienes en conflicto”. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 159, que a su vez se basa en Stern, Klaus; *op. cit.*; págs. 225 a 228.

Los *Länder* tienen servicios de inteligencia propios, no meros servicios de información como ocurre en el caso español, con la finalidad de defender los valores constitucionales.

Cualquier ciudadano alemán puede dirigirse a la comunidad de inteligencia alemana para conocer los datos que sobre su persona obrasen en poder de estos.

El control parlamentario es más amplio que el español, hay un control ministerio a ministerio y otro específico de la comisión de inteligencia. Como en el caso español y a diferencia del británico la posibilidad de los ciudadanos de acudir a los tribunales –vía penal y contencioso administrativa- está garantizada.

## **5. Estados Unidos**

El sistema político norteamericano ofrece las mismas dificultades de comprensión que el británico para un europeo continental<sup>498</sup>. Si hay un ordenamiento jurídico en el que el juez Holmes<sup>499</sup> tendría verdaderamente toda la razón ése es el estadounidense. Como advirtió Adams, el derecho anglonorteamericano es más derecho judicial<sup>500</sup> que derecho legislado y ese derecho judicial libra una “batalla continua por mantener saneado el sistema político”<sup>501</sup>. Jiménez de Parga<sup>502</sup> distingue tres clases de fuentes normativas en el ordenamiento jurídico norteamericano: normas constitucionales y legislación, derecho judicial y convenciones.

---

<sup>498</sup> Jiménez de Parga, Manuel; *op. cit.*; pág. 447.

<sup>499</sup> Holmes: “La profecía de lo que dirán los tribunales eso es lo que yo entiendo por derecho”.

<sup>500</sup> Hughes (que fuera presidente del Tribunal Supremo norteamericano) llegó a afirmar que en Estados Unidos se vivía bajo la Constitución pero que ésta era lo que los jueces decían que era.

<sup>501</sup> Muñoz Machado, Santiago; *Libertad de prensa y procesos por difamación*; Barcelona, 1988, pág. 88.

<sup>502</sup> Jiménez de Parga, Manuel; *op. cit.*; págs. 448 y 449

En las primeras incluye la Constitución de 1787 y sus enmiendas, más las constituciones de los estados miembros y la legislación política ordinaria que desarrolla preceptos constitucionales o da “un determinado matiz a las disposiciones constitucionales”<sup>503</sup>. La Constitución norteamericana de 1787 es una constitución breve –siete artículos, aunque los cuatro primeros tienen una extensión considerable- y abierta, concebida como un documento dinámico, que en ocasiones invita a la lucha de ideas y de poderes (Corwin), y que crece continuamente en torno a su base central. De ahí que la doctrina hable de “*living Document*”<sup>504</sup>. “Los mandatos constitucionales no son fórmulas matemáticas”<sup>505</sup> sino instituciones vivientes (*organic living institutions*) transplantadas desde suelo inglés”<sup>506</sup>. El derecho judicial es un *cocktail* que está integrado por las interpretaciones que jueces y tribunales hacen de las normas constitucionales y de las leyes que las desarrollan a lo que hay que sumar un último ingrediente: los principios generalmente reconocidos que informan el *common law*.

Finalmente, las convenciones tienen un valor análogo al británico si bien “regulan cuestiones menos esenciales”<sup>507</sup>.

## 5.1. La comunidad de inteligencia de Estados Unidos

Si hay una comunidad de inteligencia verdaderamente compleja y rica –en el más amplio sentido de la palabra- ésa es sin duda alguna la de Estados

---

<sup>503</sup> *Ibidem*; pág. 448.

<sup>504</sup> *Ad abundantiam*, Rehnquist, William; “*The notion of a Living Constitution*”, “*Texas Law Review*”, 1976, 54, págs. 693 y ss. Citado por Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio de la política*; Barcelona, 1995, págs. 7 a 12.

<sup>505</sup> Al modo racionalista en que se interpretaba la constitución norteamericana a principios del siglo XX. Revenga Sánchez, Miguel; *op. cit.*; pág. 9.

<sup>506</sup> Opinión del juez Holmes en el caso *Gompers v. United Satates* (1914) citada por Revenga Sánchez, Miguel; *op. cit.*; pág. 9.

<sup>507</sup> Jiménez de Parga, Manuel; *op. cit.*; pág. 448.

Unidos<sup>508</sup>. Sus servicios de inteligencia actuales tienen su base en una serie de organismos creados como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

La *National Security Act* se refiere a la “comunidad de inteligencia” como “la agrupación de todas las agencias responsables de recolectar, analizar y diseminar la información que el Ejecutivo requiere para cumplir sus funciones”<sup>509</sup>. El régimen jurídico de los servicios secretos se encuentra regulado fundamentalmente en la orden ejecutiva 12.333, de 4 de diciembre de 1981, y el sistema clasificatorio viene normado por la orden ejecutiva 12.958, de 17 de abril.

La comunidad de inteligencia estadounidense presenta cuatro grandes servicios principales: *Central Intelligence Agency* (CIA, espionaje), *Defense Intelligence Agency* (DIA, militar), *Federal Bureau of Investigation* (FBI, contraespionaje) y *National Security Agency* (NSA, inteligencia técnica)<sup>510</sup>.

### 5.1.1. *Central Intelligence Agency* (CIA)

La Agencia Central de Inteligencia fue fundada en 1.947 mediante la *National Security Act*<sup>511</sup>. Depende orgánicamente del Presidente de los Estados

<sup>508</sup> Esta pluralidad de servicios obedece a dos motivos: histórico, órganos que se fueron creando a lo largo de la historia según se sentía la necesidad de los mismos, y administrativo, una vez creado el órgano este tiende a perpetuarse. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 82.

<sup>509</sup> Cfr. Connelly, Thomas John; “Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia en la lucha...”, *op. cit.* pág. 9. Puede verse de forma detallada en la Sección 1.4 de la orden ejecutiva 12.333.

<sup>510</sup> Pero existen también gran número de servicios menores. *Ad abundantiam*; Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*, *passim*, y Wilson, William; *Dictionary of the United States intelligence services*; Jefferson, 1996, *passim*. Una relación oficial de los servicios de inteligencia existentes puede encontrarse en la Sección 3.4 (f) de la orden ejecutiva 12.333, de 4 de diciembre de 1981, que regula las actividades de los servicios de inteligencia de los Estados Unidos.

<sup>511</sup> La *National Security Act* es el Estatuto de la CIA (objeto de múltiples modificaciones, importante la de la Ley de 11 de octubre de 1996). En cinco apartados define las funciones que le son propias. Las cuatro primeras funciones consisten básicamente en ocuparse del ciclo de inteligencia y asesorar al Consejo de Seguridad Nacional. La quinta es una cláusula abierta que puede dar cobertura legal a acciones interiores y operaciones encubiertas. Se refiere en concreto a desempeñar cualquier otra tarea relativa a la Seguridad Nacional que le sea encargada. El Estatuto de la CIA se completó en 1949 con la *Central Intelligence Agency Act* que precisa a la anterior y hace completamente opaca la financiación de “la Compañía”. Hasta 1.976, en que se crean por el Congreso las Comisiones de Vigilancia de los Servicios de Inteligencia, el tema de la financiación sería tabú. Cfr. *United States v. Richardson*, (1974).

Unidos a través del Consejo de Seguridad Nacional y del Ayudante del Presidente para Asuntos de Seguridad Nacional. Todos los días el director de la CIA despacha con el Presidente, con quien tiene además un teléfono de seguridad desde su sede en Langley, Virginia. El conjunto de sus edificios recibe el nombre de "Ciudadela de la Luz" debido a su potente iluminación, capaz de convertir la noche en día.

El creador de la CIA fue el Presidente Truman<sup>512</sup>, con el propósito de centralizar los dispersos servicios de inteligencia existentes, pero el gran organizador fue su director Allen W. Dulles<sup>513</sup> partidario de la absoluta opacidad informativa que sólo cedería tras el desastre que supuso el desembarco en Bahía de Cochinos<sup>514</sup>.

La CIA es la inteligencia exterior<sup>515</sup> de Estados Unidos. Terminada la guerra fría ha concentrado su atención sobre el tráfico de armas y de drogas, el espionaje industrial y el terrorismo. Arrastra tras de sí una leyenda negra de

---

<sup>512</sup> Que luego reprocharía amargamente su forma de actuar, recriminando a la CIA haber desprestigiado el nombre de los EE.UU, merced al abuso de poder y la reiteración de las operaciones encubiertas. Vid. "Washington Post", 22 de diciembre de 1963.

<sup>513</sup> Allen Welsh Dulles fue el director de la CIA de 1953 a 1961, las dos Administraciones Eisenhower. Le facilitó las cosas el hecho de que su hermano, John Foster Dulles, fuese el Secretario del Departamento de Estado y "entusiasta defensor de las acciones encubiertas". Vid. Revenga Sánchez, Miguel; El imperio de la política; Barcelona, 1995, pág. 94, nota 50.

<sup>514</sup> El intento de invasión de Cuba patrocinado por la CIA terminó en desastre porque los planes fueron filtrados al gobierno cubano por un mercenario que participó en la operación, a través del Encargado de Negocios en la Embajada de Cuba en San José de Costa Rica, Héctor Gallo Portielles. La documentación fue transportada desde Costa Rica a Cuba por un escritor costarricense afín al régimen castrista, Carlos Luis Falla, que la llevó escondida en un hombro, lo que despertó las sospechas de la policía de seguridad del aeropuerto de La Habana, que no sabía nada del asunto, al ver un señor con un hombro más alto que otro. Lo único que no se cumplió de la documentación entregada fue el día de la invasión, el resto se cumplió escrupulosamente, punto por punto. Vid. "El Mundo", 20 de abril de 1998.

<sup>515</sup> Su Estatuto le prohíbe actuar en el interior si bien esto no es así en la realidad. Los programas de vigilancia interior de la CIA aparecieron en los *media* estadounidenses durante la guerra del Vietnam. Para salvar el escollo legal, se acoge a la cláusula abierta de los Estatutos que determina su quinta función, y que por su ambigüedad, puede aplicarse lo mismo a las operaciones internas que a las acciones encubiertas en el extranjero. La Sección 1.8 de la orden ejecutiva 12.333 establece que la CIA recolectará, producirá y diseminará inteligencia y contrainteligencia en el extranjero y, dentro del país, sólo en coordinación con el FBI que ostenta funciones de policía de las que carece la CIA ("...without assuming or performing any internal security functions..."). Cfr. Connelly, Thomas John; "Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia...", *op. cit.* pág. 9. *Ad abundantiam*; Morgan, Richard; Domestic Intelligence. Monitoring dissent in America; Austin, 1990, págs. 6 y ss.



manipulación<sup>516</sup> y asesinatos<sup>517</sup> pero también ha habido en su seno gente defensora de la legalidad<sup>518</sup> y de la transparencia informativa, sin faltar quien ha dado la vida por su país<sup>519</sup>.

La guerra del Vietnam y el escándalo Watergate “sirvieron de caldo de cultivo para que se afrontara el control de los servicios de información”<sup>520</sup>. Se exigió a la CIA exponer ante el Consejo Nacional de Seguridad las actividades más delicadas y se crearon dos Comités en las dos Cámaras “para supervisar de forma especial las operaciones encubiertas”<sup>521</sup>.

A partir de entonces se han sucedido cíclicamente periodos de opacidad y transparencia informativa, a favor y en contra de las operaciones encubiertas, dependiendo del talante del Director y de la presión de los *media*. “La reciente historia sobre el uso de las operaciones encubiertas permite aventurar que el presidente continuará mandando sobre ellas, aunque no podrá ya hacerlo ignorando lo que un reconocido especialista ha denominado el legado de la vigilancia”<sup>522</sup>.

---

<sup>516</sup> Cfr. Marchetti, Victor; *La CIA y el culto del espionaje*; Barcelona, 1975, *passim*. Libro que le costó un pleito a su autor, *United States v. Marchetti*, 1.972, donde se ventilaba el derecho del autor a publicar un libro sin censura previa de la CIA. El gobierno argumentaba el compromiso de reserva firmado por Marchetti al incorporarse a la Agencia, y los tribunales le dieron la razón. Sobre el asunto de la manipulación (interior y exterior), los ex agentes Verne Lyon, Mary Embree, Philip Agee y Phil Roettinger, aportaron numerosos testimonios en un documental emitido por Documentos TV en la Segunda Cadena de TVE el 29 de julio de 1999, una amplia panoplia que abarca desde cemento en la leche destinada a los niños cubanos a la utilización ilegítima de bases de datos.

<sup>517</sup> La orden ejecutiva 12.333 prohíbe a la CIA involucrarse directa o indirectamente en asesinatos pero, pese a ello, en 1984 es conocida, por ejemplo, la participación directa de la CIA en el minado de los puertos nicaragüenses. Cfr. Revenga, Miguel; “El control...”, *op. cit.*, págs. 24 a 27.

<sup>518</sup> Caso de William Colby que fue director de la CIA de 1973 a 1976, y que publicaría sus memorias en Colby, William; *Honorable Men. My life in the CIA*, Nueva York, 1.978, *passim*.

<sup>519</sup> Richard Buckley, por ejemplo, agente de la CIA, degollado por los terroristas de Hizbulá.

<sup>520</sup> Sáinz de la Peña, José Antonio y Marquina, Antonio; *op. cit.*; pág. 3.

<sup>521</sup> *Ibidem*.

<sup>522</sup> Revenga Sánchez, Miguel; “El control...” *op. cit.*, págs. 24 a 27.

### **5.1.2. Defense Intelligence Agency (DIA)**

El servicio secreto de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos depende directamente del Pentágono<sup>523</sup> y coordina “todas las necesidades de obtención de inteligencia militar que se presenten en el conjunto del Departamento de Defensa (con independencia de quien trate el material informativo obtenido)”<sup>524</sup>.

La DIA realiza su actividad sin perjuicio de los servicios de inteligencia propios de las tres armas<sup>525</sup> y dispone del canal de televisión más exclusivo del mundo, “CJCS”<sup>526</sup>, que emite todos los días 17 horas diarias desde Washington a unos pocos lugares del planeta, donde los jefes militares norteamericanos allí destinados reciben información confidencial sobre cuestiones de actualidad.

### **5.1.3. Federal Bureau of Investigation (FBI)**

La Oficina Federal de Investigación fue creada en 1.908 como División de Investigación. Depende orgánicamente del Departamento de Justicia. La denominación actual data de 1935 a propuesta de John Edgar Hoover<sup>527</sup>, director del FBI desde 1.924 a 1.972. La permanencia de Hoover durante casi medio siglo al frente de la institución aportó el método y el rigor científico pero también la obsesión comunista, víctimas de la cual fueron intelectuales de la

---

<sup>523</sup> La *Public Law 99-433 (1-10-1986)* fue el primer intento de definir una agencia de defensa, intento que no fructificó. En mayo de 1991 el Pentágono llevó a cabo una reorganización de sus actividades de inteligencia. Los organismos de inteligencia de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas fueron unificadas en Centros Conjuntos de Inteligencia (“*Joint Intelligence Centers under each theater commander*”) para canalizar sus productos al Pentágono a través de la DIA. Cfr. “*Newsweek*”, 27 de mayo de 1991.

<sup>524</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 99.

<sup>525</sup> Los servicios de inteligencia propios de cada uno de los tres ejércitos norteamericanos son: la *Army Intelligence* (Ejército de Tierra), la *Office of Naval Intelligence* (Armada) y la *Air Force Intelligence* (Aire).

<sup>526</sup> Vid. “*El Mundo*”, 5 de diciembre de 1998.

<sup>527</sup> Hoover mantuvo su homosexualidad en secreto, y negó reiteradamente contactos con la mafia. Ambas cosas trascendieron con posterioridad, debido, en gran parte, a la utilización de la FOIA (*Freedom of Information Act*, Ley de Libertad de Información) sobre su archivo personal conservado en poder del FBI, archivo que utilizó como amenaza latente contra los sucesivos presidentes de los Estados Unidos para ser mantenido en el cargo durante cuarenta y ocho años.

talla de Thomas Mann, Pearl S. Buck, William Faulkner, Ernest Hemingway o John Steinbeck, todos ellos Premios Nobel<sup>528</sup>, o actores como Chaplin o Woody Allen. Hoover fue el brazo armado del senador McCarthy durante la “caza de brujas”<sup>529</sup>. Tras su fallecimiento se estableció que el Director del FBI sería nombrado por el Presidente con el consentimiento del Senado por un periodo de diez años y sin posibilidad de reelección.

El FBI, que ostenta facultades de policía, lucha contra el espionaje, el terrorismo, el narcotráfico y el gangsterismo<sup>530</sup>, utilizando para ello métodos científicos<sup>531</sup> desde 1.932, año en que fue creado el laboratorio de la sede central. Su trabajo es interior<sup>532</sup>, dispone de más de trescientas sucursales en los EE.UU., aunque cuenta con delegaciones en el extranjero<sup>533</sup>. Sus agentes son conocidos como *G-men* (hombres del gobierno), se entrenan en la base de Quantico, Virginia, enfrentándose a actores que simulan ser delincuentes, y presentando pruebas contra sus “detenidos” frente a conspicuos abogados.

Puede requerir ayuda del resto de la comunidad de inteligencia para obtener información fuera de los Estados Unidos y debe poner en conocimiento del Director Central de Inteligencia las informaciones relativas a la inteligencia exterior obtenidas en el curso de investigaciones criminales.

---

<sup>528</sup> *Exempli gratia*, Thomas Mann, autor de *La Montaña Mágica*, donde los personajes bíblicos son tratados en clave de humor novelado – en la línea de la gran tradición europea que va de Rabelais a Kundera - fue merecedor de un dossier de 800 páginas. Información detallada sobre todos estos dossiers puede encontrarse en Mitgang, Herbert; *Dangerous Dossiers*; Nueva York, 1988, *passim*.

<sup>529</sup> No parece que las cosas mejoraran con posterioridad. La Asociación “Campaña por los derechos políticos” demostró en 1982 mediante documentación pública obtenida vía FOIA, el seguimiento por el FBI de feministas, activistas negros, profesores de universidad o intelectuales.

<sup>530</sup> Sus funciones están recogidas en la Sección 1.14 de la orden ejecutiva 12.333.

<sup>531</sup> Sin olvidarnos de las nuevas tecnologías. Hoy el FBI dispone, al menos, de dos satélites propios para facilitar sus comunicaciones. *Vid.* Pastor Petit, Domingo; *op. cit.*; pág. 123.

<sup>532</sup> Antes de la creación de la CIA el FBI estaba muy extendido por Sudamérica, pero tras el nacimiento de la “Compañía” se replegó a EE.UU., con gran disgusto de Hoover, que ordenó quemar todos los archivos de Hispanoamérica antes que entregárselos a la CIA.

<sup>533</sup> Desde la delegación en París se controlan los asuntos que afectan a España. *Vid.* “La Vanguardia”, 22 de mayo de 1999. La Sección 1.14 de la orden ejecutiva 12.333 establece que al realizar actividades de contrainteligencia en el extranjero se coordinará con la CIA. *Cfr.* Connelly, Thomas John; “Respuesta a una consulta...”, *op. cit.*, pág. 10.

En la historia moderna de los Estados Unidos el FBI ha tenido grandes éxitos y grandes fracasos: no fue capaz de resolver los asesinatos del Presidente Kennedy y del pastor protestante Martin Luther King, pero, por el contrario, desarticuló la red de espías nucleares soviéticos<sup>534</sup>, luchó contra los falsos desertores soviéticos<sup>535</sup> y, más recientemente, destapó el caso Ames (1994).

#### **5.1.4. National Security Agency (NSA)**

La Agencia Nacional de Seguridad es el más secreto de todos los servicios que componen la comunidad de inteligencia norteamericana y también la que cuenta con el mayor presupuesto. Se ocupa de la inteligencia técnica norteamericana y es la responsable principal de la Red Echelon diseminada por todo el planeta. Al igual que la CIA fue creada en 1947 por la *National Security Act*, que la incardina, *de iure*, en el Departamento de Defensa, aunque, *de facto*, goce de enorme autonomía. La Sección 1.12 de la orden ejecutiva 12.333 establece específicamente que la NSA es la responsable de “...collection... processing... dissemination of signals intelligence information for national foreign intelligence purposes...”<sup>536</sup>.

#### **5.2. Fundamento jurídico constitucional de la comunidad de inteligencia**

Según el ordenamiento jurídico norteamericano tanto el Congreso como el Presidente se encuentran legitimados para organizar la comunidad de inteligencia.

<sup>534</sup> Si bien fue una de las espías nucleares, Elisabeth Bentley, quien acudió a denunciar los hechos ante el FBI, que no la creyó, y tuvo que volver, insistir, y esperar.

<sup>535</sup> Vid.. los casos “*Top Hat*” y “*Fedora*”; Wright, Peter y Greengrass Paul; *op. cit.*; pág. 276.

<sup>536</sup> Connelly, Thomas John; “Respuesta...sobre organismos de inteligencia en la Icuha...”, *op. cit.*, pág. 10.

Por lo que respecta al Congreso, posee una competencia general para legislar sobre cualquier materia pero es que, además, algunos asuntos que la constitución atribuye expresamente al Congreso, *exempli gratia*, la competencia presupuestaria para proveer la defensa y el bienestar general de los Estados Unidos<sup>537</sup>, están claramente relacionados con los servicios de inteligencia<sup>538</sup>.

Por su parte, el Presidente, puede negarse a facilitar al poder legislativo información confidencial en determinadas circunstancias<sup>539</sup>, *ergo* precisa de unos servicios secretos que protejan o consigan tales informaciones. Además de este fundamento genérico existen en la constitución norteamericana otros dos fundamentos específicos respecto de la competencia del Presidente de los Estados Unidos: su cualidad de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas<sup>540</sup> (Art. I, Sección 2) y su deber de preservar, guardar y defender la Constitución (Art. II, Sección 1 *in fine*).

### **5.3. La coordinación de la comunidad de inteligencia**

Todos los servicios de inteligencia norteamericanos convergen en la figura del Presidente que es ayudado, en la labor de coordinación y filtrado de inteligencia, por una serie de órganos que se detallan a continuación.

---

<sup>537</sup> Art. I.8 de la Constitución.

<sup>538</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 78 y 79.

<sup>539</sup> Cfr. *United States v. Nixon*, (1974).

<sup>540</sup> No es posible pensar en el siglo XXI en un ejército sin servicios de inteligencia. Según la doctrina de la OTAN, "hay siete capacidades críticas que, combinadas, determinan la capacidad de combate de una unidad: Maniobra, movilidad, contramovilidad y supervivencia, apoyo de fuegos, defensa aérea, mando y control, apoyos de combate e inteligencia". Astilleros Yarto, Manuel; "Célula Nacional de Inteligencia Española (SPNIC) en BiH" dentro del documento "Los servicios de inteligencia", II Seminario de Estudios sobre el Ejército, Escuela Superior del Ejército, pág. 48.

### 5.3.1. El Asesor del Presidente para Asuntos de Seguridad Nacional

Eisenhower crea esta figura, meramente consultiva, sin base legal alguna, en 1953. El Presidente, militar de carrera, quiso disponer de una especie de edecán –ayudante de campo–, al modo y manera de los estados mayores. El hecho de que este órgano carezca de base legal implica que la voluntad libérrima del Presidente de los Estados Unidos determina quien sea la persona que ocupe el cargo, cuáles sean las funciones de éste y como debe integrarse dentro de la administración. Es importante destacar que se trata de un asesor para todas<sup>541</sup> las cuestiones que conciernen a la seguridad nacional que puede jugar un papel crucial en labores de coordinación en momentos de crisis.

### 5.3.2. El Consejo de Seguridad Nacional

El Consejo de Seguridad Nacional es un órgano consultivo que asesora al Presidente en asuntos de seguridad nacional<sup>542</sup>. Son miembros *de iure* de dicho Consejo: el Presidente, el Vicepresidente, el Secretario de Estado y el Secretario de Defensa. Y son miembros *de facto* –se les invita habitualmente–: el Presidente o Vicepresidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor<sup>543</sup>, el Director Central de Inteligencia<sup>544</sup>, el Fiscal General del Estado y el Asesor del Presidente para Asuntos de Seguridad Nacional.

---

<sup>541</sup> Para todas, no solamente para las relativas a asuntos de inteligencia, como es el caso del Director Central de Inteligencia.

<sup>542</sup> El Consejo de Seguridad Nacional está regulado por la *National Security Act* que lo crea en 1947 y por la orden ejecutiva 12.333 (*United States Intelligence Activities*).

<sup>543</sup> Miembro *de facto* pero menos, puesto que tiene cobertura legal en 50 *United States Code Annotated* (USCA) 402 (e).

<sup>544</sup> También tiene cobertura legal en la orden ejecutiva 12.333, Sección 1.5.

Aunque fue pensado como órgano consultivo y de coordinación en alguna ocasión “se le han asignado competencias de tipo ejecutivo”<sup>545</sup>. Engloba tres comités expresamente mencionados por la *National Security Act*<sup>546</sup>: La Junta de conflictos de baja intensidad –que coordina la política que vayan a seguir los Estados Unidos en tales conflictos-, el Comité de Inteligencia Exterior – que asesora al Consejo de Seguridad Nacional en sus actividades- y el Comité de Amenazas Transnacionales – que se ocupa de asuntos como el terrorismo, las drogas, y la proliferación de armas de destrucción masiva-.

### **5.3.3. El Consejo y la Oficina de Seguridad Interior**

Estos organismos nacieron como consecuencia de los problemas de coordinación detectados en la comunidad de inteligencia norteamericana tras los atentados del 11-S y tuvieron asiento legal en la orden ejecutiva 13.228, de 8 de octubre de 2001, firmada por el Presidente George W. Bush. El Consejo de Seguridad Interior debe asegurarse de que toda la coordinación interior referida a los servicios de inteligencia se efectúa debidamente. En él están representados todos los departamentos que tienen servicios de inteligencia que se ocupan de la seguridad interior de Estados Unidos reunidos bajo la dirección del Presidente o Vicepresidente de la nación<sup>547</sup>. La Oficina de Seguridad Interior<sup>548</sup> está ubicada en la Oficina Ejecutiva del Presidente y está dirigida por el asesor del Presidente para la Seguridad Interior. Su trabajo consiste en identificar prioridades y coordinar inteligencia dentro de Estados Unidos para

<sup>545</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 87.

<sup>546</sup> 50 USCA, 402, Subsecciones (g), (h) e (i). Sin perjuicio de que pueda crear cuantos otros comités estime oportuno. Para todas estas cuestiones dispone de una plantilla de personal dirigida por un Secretario ejecutivo nombrado por el Presidente.

<sup>547</sup> El Consejo de Seguridad Interior está regulado en la Sección 5 de la orden ejecutiva 13.228.

<sup>548</sup> Orden ejecutiva 13.228, Secciones 1 a 3.

luchar eficientemente contra el terrorismo así como determinar prioridades, fuera de los Estados Unidos, respecto de actos terroristas que pudieran cometerse en el interior del país.

#### **5.3.4. El Director Central de Inteligencia**

Su régimen jurídico está establecido en la *National Security Act* de 1947<sup>549</sup>. Es un cargo dual<sup>550</sup>. Por un lado, es el jefe de la comunidad de inteligencia y, por otro, es el Presidente de la CIA.

Tiene tres funciones básicas, las dos referidas *ut supra*, y una tercera: ser el principal Asesor del Presidente para asuntos de inteligencia relacionados con la seguridad nacional<sup>551</sup>. En las labores de coordinación su figura se ve oscurecida por la presencia del Consejo Nacional de Seguridad y por las tradicionales reticencias del FBI.

El Director Central de de Inteligencia dispone de una serie de organismos auxiliares entre los que destacan: la Oficina del Director Central de Inteligencia<sup>552</sup>, el Vicedirector Central de Inteligencia<sup>553</sup>, el Vicedirector Central de Inteligencia para la gestión de la Comunidad de Inteligencia<sup>554</sup>, el Consejo

<sup>549</sup> Y, mucho menos, en la orden ejecutiva 12.333 que le asigna la ejecución de las llamadas "actividades especiales". Posteriormente la *Intelligence Authorization Act* (1991) se dejaría de eufemismos y las denominaría "covert actions". Cfr. Revenga, Miguel; "El control...", *op. cit.*, pág. 26.

<sup>550</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 90 a 97.

<sup>551</sup> Con más detalle el Director Central de Inteligencia se encarga de: la protección de la inteligencia, el acceso a la misma, suministro de inteligencia interior y exterior, relaciones exteriores, dirección de la política administrativa de la comunidad, actividades consultivas, gastos y presupuestos y la dirección de la política de inteligencia exterior. La enumeración, sin tener carácter de *numerus clausus*, es suficientemente ejemplificativa de la importancia y las funciones que aglutina el Director Central de Inteligencia.

<sup>552</sup> "La ley habilita al DCI para establecer una plantilla profesional de apoyo a la Oficina del Director, reclutada entre sujetos con experiencia en las materias relativas a las responsabilidades que se les encomiendan". Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 95.

<sup>553</sup> Ayuda y sustituye –caso de ausencia o enfermedad– al Director Central de Inteligencia.

<sup>554</sup> Se encarga de centralizar y coordinar todos los órganos de la Comunidad. Es el tercero en el escalafón tras el director y el Vicedirector. Según la legislación norteamericana uno de los tres, como máximo, será militar, siendo muy aconsejable que al menos uno de los tres lo sea.



de Inteligencia Nacional<sup>555</sup> y tres directores auxiliares –el dedicado a tareas de obtención, el de tareas de análisis y producción y el de administración-.

Estos son los órganos auxiliares que la ley ha previsto pero el Director Central de Inteligencia puede crear cualesquiera otros si lo estima oportuno.

### **5.3.5. El Director Nacional de Inteligencia**

La destitución de Dennis Blair, tercer director de los servicios de inteligencia nacional en seis años del cargo, es un indicador importante de que la La Ley de Reforma de los Servicios de Inteligencia y Prevención del Terrorismo de 2004 fracasó. El Director de la Inteligencia Nacional (DNI es su sigla en inglés) fue el resultado de las masivas fallas de los servicios de inteligencia que llevaron al 11-S y la preocupación por las armas iraquíes de destrucción masiva. Como dice Ivan Eland el problema fue que la plétora de las reservadas y mutuamente suspicaces agencias de inteligencia no se encontraba coordinando muy bien entre sí. En ese momento, el director de la inteligencia central (DCI), por entonces la misma persona que era director de la CIA, era nominalmente el encargado de coordinar la recopilación, el análisis y la difusión de la inteligencia entre el montón de organismos. El DCI se encontró con el problema de carecer de autoridad suficiente sobre el personal, los presupuestos, y las operaciones de las otras agencias para hacer su trabajo. El DNI, que sustituyó al ahora difunto DCI, tiene el mismo problema, excepto que se encuentra en peores condiciones porque en verdad no es ni siquiera el jefe

---

<sup>555</sup> Compuesto de analistas de alto rango de la Comunidad y expertos en la materia nombrados por el Director Central de Inteligencia. Ejerce una labor consultiva y de supervisión respecto de la Comunidad y asesora al Director Central de Inteligencia sobre los nombramientos a realizar dentro de ésta (con la exclusión del FBI, salvo acuerdo previo del Director Central de inteligencia con el Fiscal General).

de una agencia sustancial de inteligencia, como lo era el DCI y el director de la CIA.

La estructura de la comunidad de inteligencia se desarrolló durante la Guerra Fría, estados contra estados, burocracia contra burocracia. El camino ahora debería ser el opuesto, eliminar burocracia, suprimir agencias para enfrentar a grupos tremendamente ágiles.

#### **5.4. En particular: escuchas o intrusiones electrónicas**

Sobre este asunto la evolución jurisprudencial ha sido la siguiente: en un primer momento el Tribunal Supremo entendió que no era necesaria autorización judicial<sup>556</sup>. Más tarde consideró que la Cuarta enmienda les era plenamente aplicable<sup>557</sup>. Ese mismo año se distingue ya entre escuchas para asuntos criminales –que necesitan autorización judicial- y aquellas otras en que entra en liza la seguridad nacional – en las que puede prescindirse de ella-<sup>558</sup>. Pasados unos años el Tribunal Supremo distingue entre ciudadanos americanos –hace falta autorización judicial- y residentes que no son ciudadanos norteamericanos – no es necesaria -<sup>559</sup>.

Además de lo anteriormente expuesto, hay que decir que los servicios de inteligencia cuentan, jurídicamente, con algunas facultades excepcionales en estos casos<sup>560</sup>. Así, el Fiscal General puede suplir la autoridad judicial allí donde esta sea necesaria y el Director del FBI (o, en su nombre, otra persona

---

<sup>556</sup> *Olmstead v. United States* (1928).

<sup>557</sup> *Berger v. New York* (1967).

<sup>558</sup> *Katz v. United States* (1967).

<sup>559</sup> *United States v. United States District Court* (1972), *United States v. Butenko* (1974), *Berlin Democratic Club et al. v. Brown* (1976).

<sup>560</sup> Que se han visto incrementadas notablemente (correos electrónicos, ampliación del "espacio judicial", "medidas itinerantes"... a raíz de la USA PATRIOT Act (*Uniting and Strengthening Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*) de 2001. *Ad abundantiam*, Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 107.

que, como mínimo, sea subdirector auxiliar del FBI) está autorizado para exigir a las empresas de telecomunicación la expedición de certificados conteniendo el nombre, dirección y facturas de cualquier persona que sea sospechosa de actuar para un Gobierno extranjero o de realizar actividades terroristas.

### **5.5. El Estatuto del Personal**

La orden ejecutiva 12.333<sup>561</sup> dice claramente que todas las personas que estén formalmente empleadas, se hallen asignadas o actúen para un servicio de inteligencia son miembros de la comunidad de inteligencia norteamericana. La relación de estas personas con el servicio continúa después de finalizada su actividad laboral para el mismo. Así, los empleados de la CIA “deben firmar un acuerdo escrito mediante el que se restringe el tipo de actividades que pueden realizar esas personas una vez que terminen su relación con la agencia”<sup>562</sup>. Por lo que respecta al deber de guardar secreto hay que decir que este deber afecta a los secretos que el agente hubiese conocido, a la identidad de los agentes encubiertos y a la necesidad de censura previa antes de publicar escritos relacionados con el trabajo que el agente hubiese realizado para el servicio en el que trabajase<sup>563</sup>.

### **5.6. En particular: la Ley sobre Libertad de Información**

La *Freedom of Information Act*<sup>564</sup> (Ley sobre Libertad de Información), que ha jugado un destacadísimo papel en el ordenamiento jurídico

---

<sup>561</sup> Orden ejecutiva 12.333, Sección 3.4. (c).

<sup>562</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 103.

<sup>563</sup> El caso Marchetti ha sido el de mayor repercusión pública. *United States v. Marchetti* (1972) y *Snepp v. United States* (1980).

<sup>564</sup> La *Freedom of Information Act* quedó codificada en el *United States Code* bajo el título 5, epígrafe 552. Revenga Sánchez, Miguel; *El Imperio...*, *op. cit.*, pág. 154.

norteamericano, fue aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1966<sup>565</sup> y entró en vigor el 4 de julio de 1967<sup>566</sup>. Supone la posibilidad de acceso universal, para norteamericanos y extranjeros<sup>567</sup>, a los *dossiers* de la Administración con una modificación relevante en cuanto a la legitimación procesal pasiva: no es necesario tener interés directo en la documentación solicitada. Es una ley que busca la publicidad<sup>568</sup> y coloca, en último término, la llave del acceso en manos de los jueces.

En la práctica, la ley no funcionaba de manera acorde con su espíritu. Había “demoras excesivas a la hora de responder a las solicitudes”<sup>569</sup> por parte de la Administración, que, además, cobraba unas tarifas muy elevadas y abusaba de algunas excepciones previstas en la ley.

El Tribunal Supremo<sup>570</sup> contribuyó a recortar el espíritu de la ley, con lo que a su vez obligó al legislador a reformarla para restaurar la intención primigenia (1.974).

---

<sup>565</sup> El “padre” de la ley fue John Moss. Demócrata, miembro de la Cámara de Representantes, en 1.954 expresó su idea de que la Administración estaba oculta tras una “cortina de papel” que impedía a los ciudadanos conocer los asuntos públicos y a la prensa investigarlos. Esto, a su vez, facilitaba la corrupción y perjudicaba la democracia. La prensa haría suyas las tesis de Moss e insistiría reiteradamente sobre el tema a lo largo de once años hasta conseguir su objetivo. *Ad abundantiam*; Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*; *op. cit.*, págs. 153 y 154.

<sup>566</sup> *Vid. ibidem*, págs. 152 y ss.

<sup>567</sup> Lo que permitió utilizarla al Ayatollah Jomeini en 1.981 para acceder a la CIA. Su pretensión fue denegada. La FOIA ha sido utilizada también desde el extranjero para el espionaje industrial contra empresas norteamericanas. Desde el interior, gran número de peticiones de ciudadanos americanos tienen que ver con sus archivos personales en poder del FBI.

<sup>568</sup> Las excepciones son casos tasados. La regla general es la publicidad. Ahora bien, se hizo una utilización abusiva de las excepciones 1ª (defensa nacional) y 7ª (archivos policiales) que daría lugar a ulteriores reformas para paliar las anomalías detectadas.

<sup>569</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*; *op. cit.*; pág. 156.

<sup>570</sup> *Environmental Protection Agency et al. v. Mink et al.* (1973) El caso enfrentó en 1971 a un grupo de congresistas, encabezados por Patsy Mink, con el Presidente Johnson, a raíz de unas pruebas nucleares en Alaska de las que éste se negaba a dar datos. Los congresistas solicitaron documentación sobre el tema, vía FOIA, a la Agencia de Protección del Medio Ambiente, que se negó a darla. El asunto termina en los tribunales, donde en primera instancia el Juez de Distrito niega el derecho de acceso a los congresistas, basándose en las excepciones 1ª (seguridad nacional) para los documentos clasificados y 5ª (documentos de procedimiento interno de la agencia) para los no clasificados. El Tribunal de Circuito (apelación) reconoce el acceso, al menos, a los documentos no clasificados. Finalmente el Tribunal Supremo deniega el acceso sobre la base de una tautología: que era secreto porque tenía el sello de secreto, luego no se podía acceder a la documentación. En su voto particular el juez Douglas recuerda que la Administración ha clasificado sistemáticamente información no sensible para el país para ocultar sus errores y corrupciones.

La reforma estuvo orientada a reducir el tiempo de demora y las tasas excesivas que cobraba la administración, previendo sanciones para los funcionarios, caso de dolo o negligencia, a clarificar las excepciones de las que se hacía un uso abusivo, y a establecer el reembolso de los gastos del juicio, si ganaba el demandante de la información<sup>571</sup>.

En la línea aperturista de la reforma se aprobaron en 1.974 y 1.976 la *Federal Privacy Act* y la *Federal Government in the Sunshine Act*. La primera protege el derecho a la intimidad de los ciudadanos americanos frente a la Administración, pero no tiene aplicación respecto de los servicios de inteligencia. Es una ley complementaria de la FOIA aunque de espíritu más restringido. La segunda (gobierno a la luz del sol), obliga a poner a disposición de los ciudadanos las deliberaciones de las agencias federales con órgano colegiado, cuyos miembros hayan sido nombrados directamente con el visto bueno del Senado. Contiene un régimen de excepciones similar a la FOIA.

La Ley de Libertad de Información volvió a ser modificada en 1.986 para matizar aún más la excepción 7ª relativa a los archivos policiales.

## **5.7. El control de la comunidad de inteligencia**

En el sistema político norteamericano, los tres poderes clásicos (ejecutivo, legislativo y judicial) son competentes para controlar las actividades llevadas a cabo por la comunidad de inteligencia<sup>572</sup>.

---

<sup>571</sup> El Presidente Ford vetó la reforma arguyendo falta de preparación de los jueces, y la dificultad inherente a los temas de seguridad nacional, para que éstos pudiesen decidir sobre la materia. El veto no prosperó en las Cámaras y la reforma fue aprobada. Sin embargo, el argumento ha sido reiteradamente utilizado por la propia jurisprudencia americana, antes y después de Ford, para no entrar en consideraciones de fondo atinentes a la seguridad nacional. *Exempli gratia*, *Allen v. CIA*, (1.980) en que se rechaza el sistema de inspección *in camera* para sumarios ingentes o asuntos de gran complejidad.

<sup>572</sup> Revenga Sánchez, Miguel; "El control...", *op. cit.*

### 5.7.1. El control por el ejecutivo

Cualquier acción encubierta<sup>573</sup> debe ser autorizada por el Presidente de Estados Unidos<sup>574</sup> que, además, determina los procedimientos de acceso a la información generada por los servicios de inteligencia.

El Controlador General de Cuentas –designado por el Presidente con la aquiescencia del Senado- debe exigir a la comunidad de inteligencia cuantos documentos precise para el debido control del gasto público (pudiendo el Presidente eximir de esta obligación a las transacciones especialmente “sensibles”).

No obstante lo anterior, el peligro de que los órganos de inteligencia actúen autónomamente y sin autorización del ejecutivo (tal como se supone que sucedió en el escándalo Irán-Contra) se tradujo en la creación de dos órganos de control:

#### 5.7.1.1. El Consejo Asesor de Inteligencia Exterior

Se trata de un órgano consultivo creado en 1981 (Orden ejecutiva 12.331 de 20 de octubre) y reformado en 1985 (Orden ejecutiva 12.537 de 28 de octubre, que deroga la citada anteriormente) que está ubicado en la Oficina Ejecutiva del Presidente en la Casa Blanca. El Consejo está compuesto por dieciséis miembros –personalidades distinguidas suficientemente cualificadas- nombrados *ad limitum* por el Presidente a quien informan y asesoran.

---

<sup>573</sup> La *Intelligence Authorization Act* de 1991 define las acciones encubiertas (*covert actions*) como “acciones del Gobierno de Estados Unidos dirigidas a manipular... las condiciones políticas, económicas o militares fuera de Estados Unidos, siempre que hayan sido planificadas de tal manera que la intervención del Gobierno de Estados Unidos no se manifieste ni se reconozca públicamente”. *Ibidem*, pág. 26.

<sup>574</sup> “Esta autorización, sin embargo, está sometida a ciertas condiciones: debe hacerse sólo cuando ello sea necesario para apoyar objetivos de política exterior que resulten identificables y sea importante para la seguridad nacional de los EE.UU.; debe concederse por escrito; debe especificar qué departamento o agencia financia o participa en la operación; y no puede autorizar acciones que violen la Constitución o las leyes de los EE.UU.” Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 116 y 117.

### 5.7.1.2. El Consejo de Vigilancia de la Inteligencia

Fue creado en 1981<sup>575</sup> y está ubicado también en la Oficina Ejecutiva del Presidente en la Casa Blanca. Se compone de cuatro miembros como máximo (con iguales características personales que los miembros del Consejo Asesor de Inteligencia Exterior) con funciones más que meramente consultivas. Así informa al Presidente de cualquier actividad que según alguno de los miembros vulnere el ordenamiento jurídico; envía al Fiscal General del Estado aquellos informes que haya recibido y considere ilegales; revisa las directrices internas; puede hacer las recomendaciones que estime oportunas a la comunidad de inteligencia y, finalmente, puede llevar a cabo cuantas investigaciones considere necesarias<sup>576</sup>.

### 5.7.2. El control parlamentario

El control parlamentario puede hacerse por una sola cámara o por las dos, generalmente a través de comités<sup>577</sup>. Ahora bien, independientemente de tales comités hay otras posibilidades previas: la necesaria aquiescencia del Senado para el nombramiento de los altos cargos de la comunidad de inteligencia y la utilización del *impeachment*<sup>578</sup> para removerlos.

#### 5.7.2.1. *Select Committee on Intelligence* (Senado)

<sup>575</sup> Orden ejecutiva 12.334, de 4 de diciembre de 1981, reformada por la Orden ejecutiva 13.070, de 15 de diciembre de 1997.

<sup>576</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 116.

<sup>577</sup> En el Senado, el *Select Committee on Intelligence* y en el Congreso, el *Foreign Affairs Committee*. Connolly, Thomas John; "Respuesta...", *op. cit.*, pág. 33.

<sup>578</sup> Proceso de responsabilidades políticas que permite remover a un alto cargo de su puesto. El Congreso instruye las acusaciones y el Senado decide.

El Comité Selecto sobre Inteligencia debe asegurar que los organismos de inteligencia pongan información completa y oportuna a disposición de los poderes ejecutivo y legislativo. Además, “deberá vigilar las actividades de inteligencia para asegurar que dichas actividades se realicen conforme a la Constitución y la Ley”<sup>579</sup>.

El Comité está integrado por quince senadores y su existencia no es óbice para que otras instancias del Senado pudieran, eventualmente, realizar investigaciones sobre determinados aspectos de la comunidad de inteligencia norteamericana. “El Comité presentará al Senado informes periódicos y regulares sobre las actividades de inteligencia realizadas, señalando aquellas que puedan requerir acción de parte del Senado. Y recibirá sendos informes anuales del Director de la CIA, el Secretario de Defensa, el Secretario de Estado y el Director del FBI, respetando la naturaleza reservada de dichos informes. Además, este Comité presentará sus opiniones y estimaciones al Comité del Senado para el Presupuesto”<sup>580</sup>.

#### **5.7.2.2. *Committee on Foreign Affairs* (Congreso)**

Este comité de la Cámara de los Diputados revisa y estudia de manera permanente, entre otras cuestiones, “todas las leyes, programas y actividades del Gobierno relacionados con:... las actividades de inteligencia referidas a la política exterior”<sup>581</sup>. Estas funciones le son atribuidas al Congreso tanto por la legislación que le es propia como por la *National Security Act*.

---

<sup>579</sup> Connelly, Thomas John; “Respuesta...organismos de inteligencia en la lucha...” *op. cit.*, pág. 11.

<sup>580</sup> Sobre el control presupuestario de la comunidad de inteligencia hay que añadir que es poco preciso pese a que la Constitución (art. I, Sección 9, cláusula 7) establece “que sólo podrá disponerse de dinero del Tesoro como consecuencia de una asignación presupuestaria prevista por la ley, siendo obligatorio publicar periódicamente los justificantes de gastos de dinero público”. Cfr. Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; págs. 121 y 122.

<sup>581</sup> Connelly, Thomas John; “Respuesta...inteligencia en la lucha...”, *op. cit.* pág. 13.



Tras la Ley de 1980 sobre Control Parlamentario de los Servicios de Inteligencia, la Orden ejecutiva 12.333 comprometía al ejecutivo a informar a las comisiones parlamentarias sobre las operaciones encubiertas. Como esto no fue así, (caso Irán-Contra, aireado en los medios de comunicación) en 1991 se aprueba la "*Intelligence Authorization Act*"<sup>582</sup> que introduce dos exigencias respecto de las acciones encubiertas que se emprendan: certificación presidencial (por escrito) y comunicación al Congreso "con anterioridad al comienzo de la operación"<sup>583</sup>.

Tal y como están las cosas en la actualidad, con la necesidad de cooperación entre republicanos y demócratas –que se ha visto claramente en el paquete de medidas aprobadas contra la crisis económica (Plan Bush), el poder de las comisiones de control es un poder de naturaleza persuasiva que el presidente difícilmente estará en condiciones de ignorar sin arriesgarse a que el Congreso le desautorice y adopte medidas que hagan inviable la operación controvertida.

---

<sup>582</sup> Para algunos autores (Gumina) esta ley fue el más notable subproducto del caso Irán-Contra. Cfr. Revenga Sánchez, Miguel; "El control...", *op. cit.*, pág. 26.

<sup>583</sup> "Cuando el Presidente estime que concurren circunstancias extraordinarias que, por afectar a intereses vitales de Estados Unidos, aconsejen reducir el número de congresistas con acceso a la certificación presidencial, ésta será notificada tan sólo a un grupo reducido, formado por los presidentes y líderes de la minoría de las comisiones de inteligencia de ambas cámaras, los *speaker*, y los líderes de la minoría de la Cámara de Representantes y del Senado, así como cualesquiera otros miembros destacados del Congreso a quienes el presidente considere oportuno incluir en el grupo. Con técnica normativa de dudosa factura técnica, la ley establece por último que cuando el presidente no realice notificación previa de la operación, deberá informar sobre la misma, de manera completa y en tiempo oportuno a las comisiones de inteligencia, acompañando un informe sobre las razones que justifican el no haber cumplido con el requisito de la notificación previa. Este último aspecto de la reforma fue el que resultó más conflictivo. Leído en consonancia con el requisito de la certificación presidencial, supone un claro indicio de que en la cuestión de las operaciones encubiertas el Congreso no está dispuesto a dar cheques en blanco al presidente". Revenga Sánchez, Miguel; "El control...", *op. cit.*, págs. 26 y 27.

### 5.7.3. El control judicial

En general, los jueces, “si bien han afirmado la posibilidad de su control sobre ciertas facetas de la actividad de los servicios de inteligencia han mostrado general deferencia en este terreno hacia el Ejecutivo cuando éste conseguía demostrar la existencia de un auténtico interés de la seguridad nacional”<sup>584</sup>.

Desde 1803<sup>585</sup> la jurisprudencia norteamericana admite que es posible el control de los actos políticos que afecten a derechos individuales. La cuestión ahora es determinar la intensidad de tal control. Pues bien, hay reiterados ejemplos de que cuando lo ha creído oportuno ha entrado a conocer con detalle del asunto<sup>586</sup>.

Como regla general puede deducirse que cuando el asunto afecta verdaderamente a cuestiones vitales de seguridad nacional la jurisprudencia cede ante el ejecutivo y no entra a conocer del asunto pero siempre examina si eso es así, es decir, si verdaderamente está en juego la seguridad nacional y no es meramente una coartada de la administración para justificar acciones contrarias al ordenamiento jurídico como sucedió en el caso de los *Pentagon Papers* donde el Gobierno pretendía perseguir una conducta que ni siquiera estaba penada por la ley arguyendo que “podría” haber un perjuicio para la seguridad nacional pero sin demostrarlo en ningún momento.

---

<sup>584</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 126.

<sup>585</sup> *Marbury v. Madison* (juez Marshall).

<sup>586</sup> *New York Times Co. v. United States* (1971). Examinando *in camera* los secretos de estado si ha sido menester, *v. gr.*, *United States v. Nixon* (1974).

## **5.8. Diferencias y similitudes con el caso español**

La legislación norteamericana sobre servicios de inteligencia es un viaje que aún sigue. La imagen que arroja es un vídeo, consecuencia de la *Judicial Review*, no una fotografía. Arranca en la concepción omnímoda del derecho anglosajón del valor "seguridad nacional" y desemboca en un sistema de control muy similar al de España o Alemania.

La Guerra de Vietnam y el escándalo Watergate fueron momentos clave que hicieron aumentar el control sobre la comunidad de servicios de inteligencia norteamericana.

El control por el ejecutivo es el más amplio y pormenorizado de los servicios occidentales con mención destacada para el Consejo de Vigilancia de la Inteligencia y el Asesor de Seguridad Nacional.

El control judicial ha fluctuado continuamente, dependiendo de las necesidades y del momento que ha atravesado el país ha sido más laxo o más estricto. La constante que se mantiene es una renuencia cierta por parte de los jueces a conocer de asuntos en los que esté involucrada la seguridad nacional siempre que tal implicación esté debidamente justificada por el ejecutivo.

El control parlamentario en el Congreso y el Senado ha dependido, en cuanto a su fortaleza, de su buena sintonía política con el titular de la Casa Blanca. Las comisiones de control en ambas cámaras gozan de gran prestigio ante la opinión pública y de una dilatada trayectoria.

La comunidad norteamericana presenta aspectos únicos que no tienen parangón en ningún otro país de nuestro entorno: las posibilidades de control que abre la FOIA a los ciudadanos norteamericanos respecto de sus propios datos no tienen parangón en Europa –incluso el Ayatolá Jomeini intentó

utilizarla para burlar la seguridad nacional norteamericana- pero, por otro lado, el director del FBI puede autorizar intervenciones sin necesidad de autorización judicial.

En este capítulo se ha examinado el régimen jurídico subjetivo del sujeto organizado que es objeto de esta tesis enmarcado en el derecho comparado de los países de nuestro entorno.

Los países más opacos al control de sus comunidades de inteligencia han resultado ser el Reino Unido y Francia. El viejo aforismo inglés de que el Rey (la administración, donde se engloba la comunidad de inteligencia) no puede equivocarse hace que ésta se envuelva en un aire de infalibilidad, a lo que hay que sumar la concepción expansiva y suprema del principio de seguridad nacional que no cede ante ningún otro. Cuando el ejecutivo esgrime las razones de estado el control desaparece.

En Francia la situación es similar partiendo de supuestos absolutamente diferentes, igualdad frente a libertad, sacralización del estado laico frente a idealización de la monarquía.

Por el contrario España y Alemania cuentan con los mayores controles de la comunidad de inteligencia en todos los órdenes: ejecutivo, parlamentario y judicial. Ambos países han conocido la dictadura en el siglo XX y tienen un firme deseo de preservar las instituciones democráticas de las que se han dotado, a diferencia de Francia o el Reino Unido, en España y Alemania está muy presente la idea, la sensibilidad, de que los valores democráticos del estado de derecho es algo que hay que vigilar y mantener porque la experiencia les ha demostrado que no siempre han podido disfrutar de ellos. La diferencia entre Alemania y España es que la primera permite a los *Länder* la

existencia de servicios de inteligencia y no de meros servicios de información insertados en las policías autónomas como es el caso de España.

En un punto intermedio entre Francia/Reino Unido y Alemania/España encontramos a los Estados Unidos de América.

La comunidad de inteligencia norteamericana vive una situación *sui generis* derivada, en primer lugar, de la naturaleza de su ordenamiento jurídico sustentado en la *Judicial Review* lo que le mantiene en continuo movimiento y, en segundo lugar, de la singularidad de sus instituciones que tienden al equilibrio y al contrapeso: el director del FBI puede ordenar una interceptación a cualquier ciudadano sin autorización judicial pero, al mismo tiempo, cualquier ciudadano puede requerir a cualquier servicio para que le haga llegar los datos que obran en su poder sobre su persona.

No obstante, el concepto de la seguridad nacional sigue teniendo un enorme peso en la judicatura norteamericana y siempre que el ejecutivo argumente –claramente- razones de estado, puede estar seguro de que su señoría se inhibirá del proceso.

## Capítulo III:

# El fundamento constitucional de los servicios de inteligencia

## 1. La incardinación constitucional de los servicios de inteligencia

Los servicios de inteligencia deben estar integrados en el estado democrático de derecho porque este no puede tener áreas ajenas de la obediencia a la ley. Como decía Cicerón, somos esclavos de las leyes para ser libres. Así las cosas, el sometimiento al ordenamiento jurídico vigente y el respeto escrupuloso a los derechos fundamentales<sup>587</sup> son *conditio sine qua non*. Cuando los servicios de inteligencia violan o restringen los derechos fundamentales, más allá de lo razonable y de lo constitucionalmente admisible, “se está socavando precisamente uno de los pilares fundamentales de ese Estado que se pretende defender, en cuanto tales derechos constituyen, como establece nuestra norma suprema, el fundamento del orden político y de la paz social”<sup>588</sup>.

El primer paso para situar debidamente los servicios de inteligencia en el marco del estado democrático de derecho es que el estado reconozca su

---

<sup>587</sup> “Los servicios de inteligencia se incardinan precisamente en la estructura política de ese Estado social y democrático de Derecho, en el que el respeto a los derechos fundamentales del individuo se convierte en el principio inspirador de todo el sistema constitucional”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 11.

<sup>588</sup> Lozano, Blanca; *op. cit.*, pág. 169.

existencia<sup>589</sup>, reconocimiento que ha de hacerse por ley, puesto que la actividad de tales servicios afecta o puede afectar a los derechos fundamentales. Sobre este particular recuérdese que el artículo 53.1 de la CE de 1978 dice: “Los artículos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presunto Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a).”

Una vez que los servicios de inteligencia han sido expresamente reconocidos por el estado de derecho se plantea ahora la adecuación a éste y su integración con el resto del ordenamiento jurídico.

### **1.1. Necesidad o no de mención constitucional expresa de los servicios de inteligencia**

A la pregunta de si es necesario la mención constitucional expresa de los servicios de inteligencia para la existencia de un verdadero estado democrático de derecho se ha de contestar que no, puesto que ni siquiera es *conditio sine qua non* la existencia de una constitución escrita.

Dicho esto, se ha de añadir también que la mención constitucional expresa de los servicios de inteligencia simplifica los problemas jurídicos que tales servicios han de abordar con posterioridad<sup>590</sup>.

Cuando los servicios de inteligencia hicieron esta sugerencia a los poderes constituyentes, éstos adujeron “lo excesivo de su pretensión”<sup>591</sup>. ¿Es en verdad

<sup>589</sup> Hasta 1989, *Intelligence Service Act*, el gobierno británico ni afirmaba ni negaba su existencia.

<sup>590</sup> Esta fue la admonición que la CIA hizo a los servicios de inteligencia españoles durante el proceso constituyente. José Luis Cortina informó al autor de la tesis de la existencia de tales recomendaciones.

<sup>591</sup> Bardavio, Cernuda y Jáuregui; *op. cit.*, pág. 212.

una pretensión excesiva? Sí, si se piensa que se trata de unos organismos del estado que quieren “figurar” en la constitución; no, si se observa que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos pueden quedar seriamente afectados por el ejercicio de su actividad.

Los servicios de inteligencia deben mencionarse expresamente en la constitución porque la observancia de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos es decisiva para que se pueda hablar o no de la existencia de un estado democrático de derecho.

Si acudimos al derecho comparado encontramos algunos ejemplos de cobertura constitucional expresa de los servicios de inteligencia<sup>592</sup>. Tal es el caso de los artículos 73.10.b<sup>593</sup> y 87.1.2<sup>594</sup> de la Ley Fundamental de Bonn<sup>595</sup> y del artículo 52.a de la Constitución austriaca<sup>596</sup>. Pero aunque tal cobertura expresa no exista, debe ser posible siempre entroncar los servicios de inteligencia con la Constitución del país en cuestión para que, de esta manera, se respeten los postulados básicos del estado de derecho.

<sup>592</sup> Como afirma Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, pág. 174, que refuta a Revenga Sánchez, Miguel; “Servicios de inteligencia y derecho a la...”, *op. cit.*, págs. 59 y ss., donde puede leerse: “...que el mundo de los servicios de inteligencia resulta, todavía hoy, por completo opaco a las Constituciones escritas”.

<sup>593</sup> Que atribuye a la Federación la competencia exclusiva para legislar en beneficio de la “protección del orden fundamental democrático de libertad, la estabilidad y la seguridad de la Federación o de un *Land*”.

<sup>594</sup> Que permite que mediante ley federal se establezcan “oficinas centrales para la coordinación de información y comunicaciones policiales para la recogida de antecedentes con fines de defensa de la constitución y de defensa frente a tentativas, en territorio federal, de poner en peligro intereses exteriores de la República Federal de Alemania mediante el empleo de la violencia o frente a acciones preparatorias encaminadas a dicha finalidad”.

<sup>595</sup> El propio TC de Alemania fundamenta los servicios secretos en tales artículos en sentencia de 15 de diciembre de 1970. Lo mismo hace la mayor parte de la doctrina: Ritter, Falko; *op. cit.*, pág. 45; Stern, Klaus; *op. cit.*, pág. 223; Borgs-Maciejewski, Hermann; *op. cit.*, pág. 48...

<sup>596</sup> Que establece que las comisiones competentes del “Consejo Nacional elegirán sendas subcomisiones permanentes para la supervisión de cualesquiera medidas adoptadas en salvaguardia de las instituciones constitucionales, y de su capacidad operativa, así como las medidas que se adopten por los servicios de información para asegurar la defensa militar del país”.



## 1.2. Postulados básicos del estado democrático de derecho que deben ser respetados

Como dice Jiménez de Parga, no existe el estado democrático de derecho puro, pero unos estados se aproximan más al ideal que otros<sup>597</sup>. Ese ideal está configurado por unos postulados básicos que, siguiendo a Elías Díaz<sup>598</sup>, pueden sintetizarse en los siguientes: imperio de la ley (*rule of law*), división de poderes, legalidad de la administración (actuación según ley y suficiente control judicial) y reconocimiento efectivo de los derechos y libertades fundamentales (garantía jurídico-formal y efectiva realización material). Este es el ecosistema jurídico donde debe habitar la comunidad de inteligencia y cuyos límites no puede traspasar<sup>599</sup>. Cualquiera que sea el bien/valor que justifique la existencia de los servicios secretos ha de ser ponderado con los otros bienes constitucionales existentes sin que pueda alegar a su favor una prioridad absoluta<sup>600</sup>.

## 2. A vueltas con el concepto de seguridad nacional

El que una cuestión jurídica sea complicada, difícilmente subsumible en norma alguna, a *hard case*, no significa que resulte inabordable ni que haya

<sup>597</sup> VV.AA.; *Comentarios universitarios a la "Pacem in terris"*; Madrid, 1964, pág. 214.

<sup>598</sup> Díaz, Elías; *op. cit.*, págs. 31 y ss.

<sup>599</sup> El objetivo del estado de derecho respecto del poder público es "impedir la ventaja, la exención o el privilegio que no estén fundados en una necesidad de la función... prevenir el abuso en el ejercicio del poder... eliminar la arbitrariedad en las decisiones... y definir con certeza el ámbito de la libertad y del ejercicio de los derechos". Sánchez Agesta, Luis; *Principios de Teoría Política*; Madrid, 1983, pág. 133.

<sup>600</sup> "El argumento de que la autoconservación es un valor de carácter último, con capacidad de anular otros intereses públicos, carece de fundamento y ha servido sólo como coartada para desatender los valores más profundos de nuestro texto constitucional". Meiklejohn, Alexander; *op. cit.*, pág. 14; citado por Revenga Sánchez, Miguel; "El control...", *op. cit.*, pág. 27.

que renunciar a su entendimiento<sup>601</sup>. La doctrina ya ha intentado diversas formulaciones, con éxito dispar, de cual sea el concepto de seguridad nacional. "El déficit endémico en materia de definiciones es el que hace que la seguridad del Estado se presente, aún hoy, como un símbolo cargado de emotividad e irracionalismo. Un símbolo cuya capacidad integradora, si es que alguna vez la tuvo, aparece lastrada por las desviaciones, arbitrariedades y encubrimientos en provecho propio en que han incurrido quienes tienen capacidad para invocarlo"<sup>602</sup>.

## **2.1. Concepto de seguridad nacional**

Es ésta una materia que ha experimentado una profunda evolución a lo largo de la historia<sup>603</sup>. En España<sup>604</sup> hubo una definición de seguridad nacional que hizo fortuna en los años setenta y ochenta del siglo pasado. En ella se entiende la seguridad nacional como "el estado de vida de una nación en el que no existe amenaza a la soberanía ni a la integridad del territorio; en el que desde el interior no se atenta contra el normal ejercicio de la autoridad ni contra las instituciones, y en el que tanto las actividades públicas como las privadas

<sup>601</sup> John Moss, político norteamericano padre de la *Freedom of Information Act*, decía que la seguridad nacional es un concepto "tan mal definido que aún no he encontrado a nadie capaz de aclararme su significado". Cfr. Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*; op. cit., pág.17.

<sup>602</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de estado*; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

<sup>603</sup> "... no hay que olvidar que el termino «seguridad y defensa del Estado» se reconoce en el propio Convenio de Roma (arts. 6.1, 8.2, 10.2 y 11.2) y en otras disposiciones internacionales, habiendo sido ya objeto de una adecuada interpretación jurisprudencial. Si bien es cierto que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, el mismo no se puede identificar con la idea de seguridad ciudadana, entendida ésta como una noción mas precisa que la de orden público, pues «se centra en la actividad dirigida a la protección de las personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas» (STC 33/1982, de 2 de junio). Álvarez Conde, Enrique; "El temor del Príncipe o el temor al Príncipe", "Revista del Poder Judicial", nº 45, edición electrónica, ISSN 1577-208 X.

<sup>604</sup> "...no hay elaboraciones *nacionales* de lo que sea en cada caso la seguridad *nacional*. Estamos ante una idea subdesarrollada en el plano conceptual, y cargada de emotividad e irracionalismo en su plasmación práctica. La seguridad nacional es, como se ha dicho, una utilísima herramienta multiuso adaptable a las necesidades de cualquier tipo de Estado". Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento...*, op. cit.

pueden llevarse a cabo sin obstáculos que se opongan hacia más altos niveles de prosperidad”<sup>605</sup>.

En parecido sentido se expresa Munilla Gómez: “La Seguridad Nacional es aquella situación de la vida de la nación en la que se encuentra protegida contra las agresiones o amenazas a la soberanía y a la integridad de su territorio y de sus habitantes; una situación de protección ante los atentados contra el normal ejercicio de la Autoridad y contra el funcionamiento adecuado de las instituciones; y una situación en la que, tanto las actividades públicas como las privadas, pueden llevarse a cabo sin obstáculos para alcanzar los más altos niveles de paz, con libertad y prosperidad en todos los órdenes”<sup>606</sup>.

Ambas definiciones presentan una concepción de la seguridad nacional absoluta y total que resulta “exagerada, inviable y sobre todo innecesaria. Piénsese por un momento en cómo la ausencia total de amenaza es una ilusión inalcanzable puesto que la existencia de la amenaza es independiente de la voluntad nacional y de su formulación de seguridad. O cómo el atentado al normal ejercicio de la autoridad o a las instituciones resulta también excesivamente absoluto, haciendo imposible su consecución. Asimismo la ausencia de obstáculos a la actividad pública y privada, y a la prosperidad expresa unas metas de proporciones totales que resultan inalcanzables”<sup>607</sup>.

En Estados Unidos hay que destacar la aportación de Harold Lasswell en los años cincuenta. Lasswell define la seguridad nacional como “*freedom for foreign dictation*”<sup>608</sup>. Esta definición supone un paso significativo (más aún si se

<sup>605</sup> Definición de Fernando de Santiago y Díaz de Mendivil, que fuera director del CESEDEN, recogida por Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*, pág. 36.

<sup>606</sup> Munilla Gómez, Eduardo; *Introducción a la estrategia militar española*; Madrid, 1984, pág. 31.

<sup>607</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; págs. 36 y 37.

<sup>608</sup> Libertad de coerción exterior. Lasswell, Harold; *National Security and Individual Freedom*; Nueva York, 1950, pág. 52.

tiene en consideración el momento en que se realiza): la conexión entre seguridad nacional y libertad que sería rescatada cuarenta años después por Lord Donaldson en el caso Cheblak<sup>609</sup>, pero no deja de ser criticable en opinión de Revenga: el problema es que “nada se avanza con respecto a lo que resulta esencial, es decir, concretar cómo se definen las amenazas procedentes del exterior, quién dispone de la capacidad de discernirlas y a través de que medios se intentará neutralizarlas”<sup>610</sup>.

A todo esto hay que sumar la continua evolución de las amenazas para la seguridad nacional: la dependencia del petróleo, el narcotráfico, el terrorismo,... Ciertamente éstas no eran amenazas para la seguridad nacional de los estados occidentales en el siglo XIX, pero sí lo son en el XXI. Son los aspectos no militares del concepto de seguridad nacional<sup>611</sup>.

## **2.2. La idea de seguridad nacional que subyace en el ordenamiento jurídico español**

El último medio siglo de la historia de occidente ha conocido una revolución tecnológica sin precedentes. Nada tienen que ver las sociedades de principios de siglo XXI con las de los años cuarenta o cincuenta del pasado siglo. Las fotografías, las imágenes, parecen lejanas y extrañas vistas con ojos de hoy día. Las amenazas que afronta la Sociedad de la Información nada tienen que ver con los posibles riesgos existentes una vez concluida la Segunda Guerra Mundial. En lógico corolario, a distintas amenazas distintas respuestas del ordenamiento jurídico y de la seguridad nacional recogida en el mismo. Se

<sup>609</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento...*, op. cit..

<sup>610</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*, op. cit., pág. 13.

<sup>611</sup> Romm, Joseph.; *Defining National Security. The Nonmilitary Aspects*; Nueva York, 1993, pág. 81, nota 22, citado por Revenga Sánchez, Miguel; op. cit., pág. 17.

confrontan ahora unas y otras disposiciones, en el caso de España, para ver si la teoría coincide con la práctica.

### **2.2.1. Antes de la Constitución de 1978**

Concluida la Guerra Civil española con la victoria del General Franco, el nuevo régimen trató de institucionalizarse dictando una serie de “leyes fundamentales” que intentaban reproducir el modelo constitucional bajo la fórmula de Constitución abierta<sup>612</sup>. Sin embargo, no puede decirse que fuese en verdad un estado constitucional. Nada garantizaba la eficacia de los derechos fundamentales, Franco asumía todos los poderes del Estado<sup>613</sup> y podía dictar leyes con el mismo rango que las emanadas de las Cortes.

La Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, citaba en su artículo 37 como misión de las Fuerzas Armadas garantizar la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional, y fijaba el grado de cobertura a alcanzar en el de garantía total.

### **2.2.2. Después de la Constitución de 1978**

Después de la transición política vivida en España, la Constitución de 1978 establece en su artículo 8 que las Fuerzas Armadas “tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”. Es decir, se fija “el patrimonio esencial a salvaguardar en la soberanía, la independencia, la integridad

---

<sup>612</sup> Fuero del Trabajo (1938), Ley Constitutiva de las Cortes (1942), Fuero de los Españoles (1945), Ley de Referéndum (1945), Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado (1946), Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958) y Ley Orgánica del Estado (1967).

<sup>613</sup> Según el preámbulo de la Ley de Principios del Movimiento Nacional sólo responde ante Dios y ante la Historia.

territorial y el ordenamiento constitucional de España, cifrándose el grado de cobertura en el de la garantía total y absoluta<sup>614</sup>. Como se puede comprobar pese a todos los cambios registrados “la formulación de seguridad nacional permaneció prácticamente inalterable”<sup>615</sup>.

### **2.3. Paz y seguridad**

Cualquier diccionario consultado, no importa la lengua elegida, dirá que seguridad es la calidad de seguro, es estar libre de peligro, daño o riesgo. Pocas cosas son más tentadoras que la seguridad para el ser humano. “Lo importante es estar seguro pero no lo es menos sentirse seguro”<sup>616</sup>. Pues bien, la seguridad está estrechamente conectada con la paz y ésta, a su vez, con el desarrollo de la sociedad<sup>617</sup>.

Se ha dicho que lo que “la seguridad y la defensa garantizan en una sociedad es la paz”<sup>618</sup> y, ciertamente, “la paz es el verdadero fin de la guerra”<sup>619</sup> pero la paz no es la antinomia de la guerra de modo que cuando hay paz no hay guerra y cuando hay guerra no hay paz. No cualquier situación “por pacífica que parezca es deseable”<sup>620</sup>. Piénsese en los años de paz de que disfrutó la URSS acabada la Segunda Guerra Mundial y la sucesión de tiranos

---

<sup>614</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 45.

<sup>615</sup> *Ibidem*. Se cita también la seguridad en el art. 105.b) de la Constitución: “La ley regulará: b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Cfr. Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, *op. cit.* pág. 79.

<sup>616</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 25.

<sup>617</sup> “La seguridad de la comunidad produce la tranquilidad y el orden necesarios para acometer los fines propuestos por el Estado”. Oehling, Hermann; *La función política del Ejército*; Madrid, 1967, pág. 39.

<sup>618</sup> Cousido González, Pilar; *op. cit.*; pág. 79.

<sup>619</sup> Cervantes, Miguel de; *El ingenioso hidalgo Don Quixote de la Mancha*; Madrid, 2004, pág. 243.

<sup>620</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 38.

que la gobernaron, esa “paz de los cipreses”, como la de Castro, Pinochet o Mao, recuerda espantosamente la quietud de los cementerios<sup>621</sup>.

La paz es un valor auténtico y universal, una utopía deseable, mientras que la guerra es “sólo un instrumento político, de carácter vindicativo, que se utiliza para dirimir conflictos entre naciones y no para impedir la paz. Cuando el enfrentamiento armado se produce, la paz no se quebranta por él sino que ha sido quebrantada con anterioridad y por eso aparece el conflicto armado. De aquí hay que deducir una segunda conclusión de interés, que es la de que no puede hacerse a la guerra responsable de la crisis de la paz”<sup>622</sup>.

La relación entre paz y seguridad viene condicionada por la sociedad. Para que la sociedad precise seguridad necesita sentirse amenazada. La sociedad sólo colaborará plenamente con la política de seguridad si ésta pretende contrarrestar las amenazas verdaderamente sentidas por la mayoría de los ciudadanos y el Estado ejecuta una fuerza *-lato sensu-* directamente proporcional a la intensidad con que son percibidas por la sociedad.

## **2.4. Concepto de Defensa Nacional**

Seguridad Nacional y Defensa Nacional están íntimamente relacionadas. La Defensa Nacional es el medio para conseguir el fin: la seguridad nacional. El antiguo Manual del CESID definía la Defensa Nacional como la “disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación ante cualquier forma de agresión”<sup>623</sup>.

<sup>621</sup> “La no existencia de guerra armada no significa que reine la paz”. García Arias, Luis; La guerra moderna y la Organización Internacional; Madrid, 1962, pág. 374.

<sup>622</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 38.

<sup>623</sup> CESID Manual..., *op. cit.*, pág. 16.

Más claramente puede verse esa relación de medio a fin con la seguridad nacional en la definición de Quero Rodiles: "Se trata de crear, organizar y disponer de una estructura instruida y apta para proporcionar el grado de protección y cobertura establecido en la formulación de seguridad"<sup>624</sup>.

La dificultad del concepto y de la política de defensa nacional estriba en determinar la amenaza a la que hay que dar respuesta, discriminar la intensidad de la misma y asegurar –por parte del Estado- el respaldo y la implicación de la sociedad civil<sup>625</sup>.

Según el artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objeto contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por España.

La citada Ley Orgánica establece que la defensa nacional concierne a todos los españoles y constituye la misión específica de las Fuerzas Armadas. Por defensa nacional entiende la ley la disposición, integración y acción

<sup>624</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 52.

<sup>625</sup> "¿Qué ha de entenderse por Defensa Nacional? Una lucha contra todo lo que amenace desde el exterior o el interior, abiertamente o de manera latente, el espíritu o el alma de la nación". García Arias, Luis; *Op. cit.*; pág. 342. *Ad abundantiam*, Alvarez Conde, Enrique; "El temor...", *op. cit.*: "...el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por Ley Orgánica 1/1.984, de 5 de enero, dice que «la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». A continuación el artículo 3 señala que «la defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional».



coordinada de todas las energías, fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión.

## **2.5. Economía y seguridad**

La apelación a la seguridad a menudo conlleva recortes de libertad. Se aceptan esos recortes por los ciudadanos para construir una sociedad más fuerte que resista mejor los posibles embates de las amenazas circundantes. Y si esto es así, entonces hay un enorme contrasentido.

Es la libertad la que permite el crecimiento económico y la fortaleza de una nación. Son los regímenes liberales sustentados en el estado democrático de derecho los que han hecho posible las sociedades más desarrolladas, más fuertes del planeta. Estados Unidos ganó la Segunda Guerra Mundial no porque tuviera más o mejores barcos, cañones, carros o aviones sino porque podía fabricar todo cuanto necesitase y aún le sobraba para suministrar a la URSS y al Reino Unido<sup>626</sup>.

Estados Unidos ganó la guerra porque demostró una capacidad industrial sin parangón, tal y como predijo el Almirante Yamamoto. Lo mismo cabe decir respecto de la Guerra Fría, no es que tuviese más y mejores misiles que la URSS sino que tenía más y mejores fábricas y más y mejores laboratorios. Lo decisivo no es la realidad de presente sino la posibilidad de futuro, ¿de qué sirven carros sin repuestos? Es la paz de hoy la que gana las guerras de mañana.

---

<sup>626</sup> El acorazado Yamato y su gemelo eran muy superiores a cualquier acorazado norteamericano. Los Mitsubishi Zero eran los cazas más rápidos y maniobrables del Pacífico. Sin embargo, Estados Unidos ganó la guerra porque sus fábricas podían reemplazar el material perdido sin demora y generar más aún, cosa que Japón no podía hacer. Igual le sucedió a Alemania, contaba con formidable material (el anticarro Ferdinand –Elefant-, el antiaéreo de 88 mm. que le dio a Rommel sus primeras victorias en África, el caza a reacción Me-262...) pero sus fábricas no podían competir con el potencial norteamericano o con el de la URSS que, ante la incredulidad de Hitler, la cuadruplicaba en producción mensual de carros de combate. *Cfr.* Beevor, Antony; *Stalingrado*; Barcelona, 2003, pág. 206.

Llegado este punto cabría preguntarse cómo es posible que Estados Unidos fuese derrotado en Vietnam o que el Ejército Rojo perdiese la guerra de Afganistán, ¿no eran ambas potencias las más poderosas de la tierra?

Se introduce aquí un factor que debe ser adecuadamente sopesado para entender plenamente la relación entre economía y seguridad. El objetivo final, el esfuerzo conjunto, depende esencialmente “del atractivo que sea capaz de generar en la sociedad que ha de sustentarlo. Por ello, naciones pequeñas han alcanzado comportamientos de grandes potencias en determinados momentos y viceversa”<sup>627</sup>.

A pesar de que escasean los estudios sobre este asunto, la Seguridad Nacional puede y debe ser entendida en clave económica puesto que depende en gran medida de los recursos actuales y futuros de la nación considerada<sup>628</sup>.

Si se pretende una nación fuerte para que sea una nación segura han de limitarse al mínimo las interdicciones sobre la libertad, también aquellas interdicciones que aparentemente están cargadas de buena voluntad, al tiempo que deben maximizarse los mecanismos de control dependientes del estado que aseguran la libre competencia, que evitan el incumplimiento de la ley en todas sus vertientes, y que mejoran la transparencia de los agentes económicos facilitando el funcionamiento del mercado y las inversiones de los ciudadanos y demás agentes económicos; es preferible gastar un poco en muchos inspectores que tener que gastar mucho en unos pocos bancos por falta de inspecciones<sup>629</sup>. La seguridad es directamente proporcional al

---

<sup>627</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 182.

<sup>628</sup> *Idem*; pág. 175.

<sup>629</sup> Lo que no deja de ser una barbaridad: quien soporta el éxito debe soportar el fracaso, para el cual todos los países tienen establecidos los mecanismos necesarios de quiebra y suspensión de pagos.

desarrollo de la economía de mercado que, a su vez, genera la riqueza de las naciones<sup>630</sup>.

En conclusión, el nivel de esfuerzo que la sociedad está decidida a aceptar resulta decisivo a la hora de afrontar un riesgo. La seguridad nacional que podrá diseñarse previamente está en relación con las capacidades económicas de la nación. "Cualquier nación, sea cual sea su dimensión, tiene en sí misma capacidad suficiente para construir una defensa nacional adecuada a un grado de seguridad aceptable"<sup>631</sup>. Pero si la seguridad nacional implica un recorte decisivo de derechos y libertades entonces la economía se resentirá, la nación se debilitará y caerá en una espiral de sucesiva pérdida de libertad para tratar de cerrar las nuevas ventanas de vulnerabilidad que, ante la pérdida de actividad económica, se van abriendo.

## 2.6. La ponderación de la seguridad nacional

"La ponderación de los valores en juego permite eludir la perversa lógica del "todo o nada": más seguridad cuanto menos incisivo sea el ejercicio de los derechos y, en caso de conflicto, *todo* en nombre de la seguridad y *nada* en nombre de los derechos. La seguridad nacional viene, de este modo,

<sup>630</sup> "Hace algunos años destacaba el gran economista Werner Sombart un dato sencillísimo, que es extraño no conste en toda cabeza que se preocupe de los asuntos contemporáneos... desde que en el siglo VI comienza la historia europea hasta el año 1800... Europa no consigue llegar a otra cifra de población que la de 180 millones de habitantes. Pues bien de 1800 a 1914... la población europea asciende de 180 a ¡460 millones!... ofrece este hecho la perspectiva más adecuada para juzgar con equidad a esa centuria. Algo extraordinario, incomparable, debía haber en ella cuando en su atmósfera se producen tales cosechas de fruto humano. Aparece la historia entera como un gigantesco laboratorio donde se han hecho todos los ensayos imaginables para favorecer la planta "hombre". Y... nos encontramos con la experiencia de que al someter la simiente humana al tratamiento de estos dos principios, democracia liberal y técnica, en un solo siglo se triplica la especie europea. Hecho tan exuberante nos fuerza... a sacar estas consecuencias: primera, que la democracia liberal fundada en la creación técnica es el tipo superior de vida pública hasta ahora conocido; segunda, que ese tipo de vida no será el mejor imaginable, pero el que imaginemos mejor tendrá que conservar lo esencial de aquellos principios; tercera, que es suicida todo retorno a formas de vida inferiores a la del siglo XIX". Cfr. Ortega y Gasset, José; La rebelión de las masas; Barcelona, 1983, págs. 68 a 70.

<sup>631</sup> Quero Rodiles, Felipe; *op. cit.*; pág. 182. *Ad abundantiam*, Vital, David; La desigualdad de los estados; Madrid, 1976, pág. 71.

contemplada como algo separado, aislado y en contraposición potencial con respecto al proceso democrático y el ejercicio de los derechos”<sup>632</sup>.

Como bien dice Meiklejohn, la seguridad no es un valor absoluto sino que precisa, necesariamente, ser conciliada con otros bienes y valores reconocidos por el ordenamiento jurídico que son tan dignos de protección como eventualmente pudiera ser aquella<sup>633</sup>. Pues bien, en el mismo sentido que Meiklejohn se había expresado Lasswell con anterioridad.

Para Harold Lasswell<sup>634</sup>, las políticas adoptadas en nombre de la seguridad nacional deberían ser ponderadas con arreglo a los siguientes criterios: primero, decidir si representan o no una amenaza para la supremacía del poder civil; segundo, hay que ver si recortan en exceso la libertad de información; tercero, hay que tener en cuenta si entrañan riesgos para la salvaguarda de las libertades civiles; cuarto, es muy importante que no vulneren el principio de desarrollo de una economía no dirigida<sup>635</sup>.

Hay una última cuestión que es conveniente tener siempre presente, a saber, que el estado no es titular de derecho fundamental alguno y que el derecho a la seguridad es un derecho de las personas<sup>636</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto pueden deducirse las siguientes conclusiones en materia de seguridad nacional.

---

<sup>632</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento...*, *op. cit.*

<sup>633</sup> “La seguridad pública es un valor que hay que conciliar con los demás recogidos en el Preámbulo de la Constitución como fines de la acción de Gobierno”. Meiklejohn, Alexander; *op. cit.*, pág. 14; citado por Revenga Sánchez, Miguel; “El control...”, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>634</sup> Lasswell, Harold; *op. cit.*; pág. 52.

<sup>635</sup> De la misma forma que es importante que no conviertan una economía libre en una economía planificada porque esta última es incompatible con el estado de derecho. Hayek, Friedrich; *op. cit.*, págs. 105 a 121.

<sup>636</sup> Revenga, Miguel; “Servicios de inteligencia: La ley...”. *op. cit.*, pág. 31.

Primera, a pesar de lo que Revenga llama “el déficit endémico de las definiciones”, seguridad es, según el diccionario, la calidad de seguro, libre de riesgo o daño. En ese mismo sentido tanto Harold Lasswell (1950) como Lord Donaldson (1991) conectan seguridad con libertad. Lasswell dice que es libertad de coacción y Donaldson que “están del mismo lado”<sup>637</sup>.

Segunda, pese al cambio que supuso para España pasar de la dictadura al estado democrático de derecho, el ordenamiento jurídico español seguía mostrando una idea prácticamente idéntica de que era la seguridad nacional (y con qué valores se conectaba) hasta la L.O. de 17 de noviembre de 2005 que enlaza directamente la seguridad nacional con la defensa de los valores fundamentales insertos en la constitución.

Tercera, la seguridad nacional garantiza la paz que, a su vez, permite el desarrollo de la sociedad. Ahora bien, no toda paz es deseable y, además, la paz no es la antinomia de la guerra. Que haya paz no implica que no haya guerra y al contrario, como dice García Arias, “la no existencia de guerra armada no significa que reine la paz”.

Cuarta, la relación de la defensa nacional con la seguridad nacional es de medio a fin. La defensa nacional pone los medios para conseguir el fin, la seguridad nacional.

Quinta, la economía del país y el esfuerzo (sacrificio) que la sociedad esté dispuesta a hacer en un momento dado determinan la cantidad y la calidad de la seguridad nacional. Si en aras de la seguridad nacional se restringe la libertad, sufre la economía y de resultas, disminuyen los medios con los que cuenta la sociedad para hacer frente a posibles amenazas. Es decir, un incremento inadecuado de la seguridad nacional que condicione seriamente la

---

<sup>637</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento...*, op. cit.

libertad de que gozan los individuos hace más débil a la sociedad en su conjunto.

Sexta, “la *seguridad nacional* no puede, en suma, ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado de los derechos, sin producir al mismo tiempo *inseguridad constitucional*”<sup>638</sup>. La seguridad nacional no puede desnaturalizar la esencia de las sociedades liberales de occidente porque al hacerlo pierde todo su sentido. Si infringe los derechos que afirma defender ¿para qué defenderlos si ya han sido abolidos? La técnica de la ponderación debe tratar de que el daño a los valores fundamentales que la sociedad se ha dado a sí misma sea mínimo o nulo a ser posible.

### 3. La democracia militante

La creación del concepto de democracia militante (*militant democracy*) se atribuye a Loewestein en el año 1937<sup>639</sup> y es considerado hoy un principio básico de la República Federal de Alemania<sup>640</sup>.

El principio de democracia militante (*streitbare Demokratie*), también llamada democracia defensiva (*wehrhafte Demokratie*) dice que la democracia no puede adoptar una actitud pasiva respecto a posibles amenazas sino que debe procurar defenderse a sí misma<sup>641</sup>. Y donde se dice democracia dígame constitución (Ley Fundamental de Bonn), pero aquí se distinguirá entre una y otra, pues la democracia no implica la existencia de una constitución, ni la

---

<sup>638</sup> *Ibidem*.

<sup>639</sup> Borgs-Maciejewski, Hermann; *op. cit.*, pág. 27.

<sup>640</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*; pág. 134.

<sup>641</sup> “Los servicios alemanes del interior... en tiempos socialdemócratas de Willy Brandt realizaron tres millones de investigaciones sobre la lealtad para con el sistema de funcionarios..., con el resultado de 10.000 sumarios de incapacitación. Ahora,... el Ministerio de Educación de Baden-Württemberg va a prohibir al profesor Michael Czaszkóczy el acceso a una plaza, por dudas respecto a su lealtad constitucional: es dirigente de un grupo antifascista que descrea de la vía parlamentaria y defiende la militancia como medio legítimo de lucha por la liberación”. Villapadierna, Ramiro; “Alemania, el sistema se defiende”; “ABC”, de 30 de agosto de 2004.

existencia de una constitución escrita conlleva la pertenencia a un régimen democrático.

### **3.1. La defensa de la democracia como fundamento de los servicios de inteligencia**

Quizá, entrado ya el siglo XXI, le resultará extraño a un español hoy una ley para la defensa de la democracia, pero una ley como la que se enuncia y con el mismo título fue promulgada en 1981 a instancias del PSOE y del PCE<sup>642</sup>. Como puede verse la idea de defensa de la democracia no resulta desconocida para el ordenamiento jurídico español del último cuarto de siglo.

La palabra “democracia” es una de las más utilizadas en todo el planeta. Conviene empezar pues, acotando su significado, ya que no le cumple a esta exposición exacerbar su “morbo”<sup>643</sup> que diría Ortega, ni hacer de ella un “fetiche”<sup>644</sup>, pero sí dejar constancia de que la democracia no puede apoyarse sobre sí misma, como señalan Rawls y Habermas, necesita acudir a criterios de justicia sustantiva<sup>645</sup>.

#### **3.1.1. Acotación de la democracia**

Escribe Ortega y Gasset: “La democracia como democracia, es decir, estricta y exclusivamente como norma de derecho público parece una cosa

---

<sup>642</sup> Ley que introducía en el entonces vigente Código Penal el art. 216 bis a) que permitía el cierre provisional y el secuestro de publicaciones. Cfr. Medina, Manuel; “Conclusiones del coloquio de Roma sobre la Constitución española”, “Suplemento al nº 7 de la Revista de Política Comparada”, pág. 104.

<sup>643</sup> Ortega y Gasset, José; *El espectador*; *op. cit.*, págs. 67 a 71.

<sup>644</sup> “Nuestra generación habla y piensa demasiado de democracia y demasiado poco de los valores a los que ésta sirve”. La democracia es un medio para conseguir la paz interna. La libertad es el fin. “No carece de peligros la moda de concentrarse en torno a la democracia como principal valor amenazado. Es ampliamente responsable de la equivocada e infundada creencia en que mientras la fuente última del poder sea la voluntad de la mayoría el poder no puede ser arbitrario”. Hayek, Friedrich; *op. cit.*, págs. 103 y 104.

<sup>645</sup> Puede verse en Habermas, Jürgen y Rawls, John; *Debate sobre el liberalismo político*; Barcelona, 1998, págs. 132 y ss.

óptima. Pero la democracia exasperada y fuera de sí, la democracia en religión o en arte, la democracia en el pensamiento o en el gesto, la democracia en el corazón y en la costumbre es el más peligroso morbo que puede padecer una sociedad. Cuanto más reducida sea la esfera de acción propia a una idea, más perturbadora será su influencia si se pretende proyectarla sobre la totalidad de la vida”<sup>646</sup>.

En efecto, nadie imagina que un matrimonio con tres niños pequeños decida “democráticamente” las inversiones de la familia, ni que un profesor de universidad y sus alumnos voten “democráticamente” qué alumnos aprobarán y cuáles no. Como diría Ortega tales suposiciones resultan extremadamente perturbadoras.

Así pues, la idea de democracia no está presente en toda actividad humana, no es omnicomprendiva, no rige en todo, sino sólo en el ámbito que le es propio al derecho público. Ortega abunda sobre el particular, ni lo es todo, ni es lo más importante: “La política es un orden instrumental y adjetivo de la vida, una de las muchas cosas que necesitamos atender para que nuestra vida personal sufra menos fracasos y logre más fácil expansión”<sup>647</sup>.

### **3.1.2. La democracia no evita que el poder sea arbitrario**

Es muy cierto que se habla y piensa “demasiado de democracia y demasiado poco de los valores a los que ésta sirve... La democracia es sencillamente un medio, un expediente utilitario para salvaguardar la paz

---

<sup>646</sup> Ortega y Gasset, José; *El espectador*; op. cit., pág. 67.

<sup>647</sup> Por eso “ser ante todo demócrata” es como ser “ante todo entomólogo”. Ni las reglas de la democracia ni las de los insectos tienen nada que decir ante un poema de César Vallejo, un capítulo de la Biblia o un vestido de Dior. De igual forma sería absurdo “ser solo demócrata”, pues si injusto es tratar desigualmente a los iguales, la misma consideración ha de merecer tratar igualmente a los desiguales. Cfr. Ortega y Gasset, José; *El espectador*; op. cit., págs.68 a 70.



interna y la libertad individual. Como tal no es en modo alguno infalible o cierta. Tampoco se debe olvidar que a menudo ha existido una libertad cultural y espiritual mucho mayor bajo un régimen autocrático que bajo algunas democracias; y se entiende sin dificultad que bajo el gobierno de una mayoría muy homogénea y doctrinaria el sistema democrático puede ser tan opresivo como la peor dictadura... cuando la democracia deja de ser una garantía de la libertad individual, puede muy bien persistir en alguna forma bajo un régimen totalitario... No carece de peligros la moda de concentrarse en torno a la democracia como principal valor amenazado. Es ampliamente responsable de la equívoca e infundada creencia en que mientras la fuente última del poder sea la voluntad de la mayoría, el poder no puede ser arbitrario... no es la fuente, sino la limitación del poder, lo que impide a éste ser arbitrario. El control democrático *puede* evitar que el poder se torne arbitrario; pero no lo logra por su mera existencia"<sup>648</sup>.

De la palabra democracia solamente es posible inferir que el poder reside en el pueblo, pero nada nos dice de las condiciones en que se ejerce ese poder. Democracia no es igual a ausencia de arbitrariedad<sup>649</sup>. Así las cosas, ¿debe ser la defensa de la democracia la finalidad esencial y existencial de los servicios de inteligencia? ¿Es indiferente a los ciudadanos que el poder que reside en el pueblo se ejerza o no arbitrariamente? El sentido común dice que no. Alemania era una democracia antes de que Hitler ganase las elecciones, aunque el estado democrático de derecho ya se encontraba francamente

<sup>648</sup> Hayek, Friedrich; *op. cit.*, págs. 103 y 104.

<sup>649</sup> Como escribe Carlos de Secondat, Barón de Montesquieu: "La libertad... no existe mas que cuando no se abusa del poder... Pero es una eterna experiencia que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él y va hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que el poder frene al poder". Fragmento recogido por Sánchez Agesta, Luis; Documentos constitucionales y textos políticos; Madrid, 1982, pág.379.

debilitado. Hitler fue elegido democráticamente pero ejerció el poder arbitrariamente, beneficiando o perjudicando a unos y otros, nominalmente<sup>650</sup>. Con razón Carl Schmitt, máxima autoridad del derecho constitucional nazi, distinguía entre *Rechtsstaat* (estado de derecho liberal, supremacía de la ley) y *gerechte Staat*<sup>651</sup>, (estado justo, según los nazis) donde se “superaba” la igualdad formal liberal y el estado distinguía entre las personas, legislando según su sexo, religión, color de piel o simpatías políticas.

En resumen, una cosa es la democracia y otra, el estado de derecho, son dos respuestas a cuestiones de derecho político completamente distintas. “La democracia responde a esta pregunta: ¿Quién debe ejercer el poder público? La respuesta es: el ejercicio del poder público corresponde a la colectividad de los ciudadanos. Pero en esa pregunta no se habla de qué extensión debe tener el poder público”<sup>652</sup>. A esa otra cuestión, a la de la extensión y control del Poder público, responde el estado de derecho. Es decir, se puede ser muy demócrata y permitir un poder autoritario o hiperextenso.

### **3.2. La defensa de la Constitución como fundamento de los servicios de inteligencia**

Se puede definir la Constitución como el derecho fundamental de organización de un régimen político<sup>653</sup>, en consonancia con una tradición que, aunque moderna, puede remontarse hasta Aristóteles<sup>654</sup>. Cualquier tratadista

---

<sup>650</sup> Hitler convirtió así en realidad la famosa frase de Stalin, “¿Quién? ¿A quién?”. Quizá porque como el mismo reconoció en uno de sus discursos (1941) nacionalsocialismo y marxismo son esencialmente la misma cosa. Hayek, Friedrich; *op. cit.*; pág. 60.

<sup>651</sup> El estado justo se implantaría en el estado totalitario (estado y sociedad son idénticos). Schmitt, Carl; *Der Hüter der Verfassung*; Tübingen, 1931, pág. 79.

<sup>652</sup> Cfr. Ortega y Gasset, José; *El espectador*; *op. cit.*, págs. 116 y 117.

<sup>653</sup> Sánchez Agesta, Luis; *op. cit.*, pág. 297.

<sup>654</sup> Recuérdese que el estagirita ya distinguía dentro de la *taxis* (ordenamiento jurídico), la *politeia* (constitución) de las *nomos* (leyes).

de derecho constitucional consultado ofrecerá su propia definición acerca de qué sea la Constitución (Hauriou, conjunto de leyes que ordenan las instituciones; Romano, ordenamiento supremo del Estado...), todos distinguirán entre constitución material y constitución formal, abierta y cerrada, y casi todos vendrán a coincidir con Karl Loewestein a propósito de cuáles sean sus requisitos esenciales.

En cuanto al movimiento constitucionalista que surge frente al Antiguo Régimen, se caracteriza, materialmente, por imponer un sistema político basado en la distribución del poder y, formalmente, por regular el juego de los mecanismos de control del poder en una norma jurídica, la Constitución, a la que se da un rango superior a las restantes normas del estado.

### **3.2.1. Necesidad o no de constitución escrita**

Para que un Estado sea calificado de constitucional no es necesario que tal Estado posea una Constitución escrita. Es cierto, sin embargo, que la Revolución francesa –y todos los países a los que se extendió su influencia– consideraron una necesidad ineludible la existencia del citado texto donde se reconociesen los derechos fundamentales de los ciudadanos y se limitase el ejercicio del poder. Hoy no es así<sup>655</sup>, basta con el cumplimiento de unos requisitos mínimos, aunque el texto único no exista<sup>656</sup> o esté formado por convenciones (costumbres) que no hayan sido plasmadas por escrito.

---

<sup>655</sup> Hasta tal punto no es así, que la propia Constitución francesa de 1958 carece de una declaración expresa de derechos y libertades fundamentales para los ciudadanos.

<sup>656</sup> Caso de Gran Bretaña. Algunos juristas españoles han opinado que dado la defectuosa técnica jurídica empleada por el texto Constitucional español de 1978 hubiese sido mejor haber prescindido de tal texto (*Cfr. Cfr. Nieto, Alejandro; "La Administración Pública en la Constitución Española de 1978", "Suplemento al nº 7 de la Revista de Política Comparada", págs. 85 a 92*) y otros han preferido olvidar las carencias técnicas del texto constitucional en beneficio de la necesidad que España sentía entonces del "hecho constitucional". *Vid. Hernández Gil, Antonio; "El ordenamiento jurídico en la Constitución Española de 1978", "Suplemento al nº 7 de la Revista de Política Comparada", págs. 7 a 19.*

### **3.2.2. Requisitos esenciales**

Según Loewestein, hay unos requisitos mínimos que determinan la constitucionalidad o no de un Estado, que son los siguientes:

Primero, la diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder. Segundo, un método establecido de antemano de cooperación entre ellos. Tercero, un mecanismo que evite los bloqueos entre poderes y la preponderancia absoluta de uno solo de ellos. Cuarto, un sistema de reforma constitucional –igualmente preestablecido– que permita adaptar la Constitución a la evolución de la sociedad y que evite recurrir a la ilegalidad, la fuerza o la revolución. Quinto y último, la ley fundamental debe contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual –los derechos individuales y libertades fundamentales–, y su protección (que debe tener un carácter efectivo, no sirve con su mera enunciación, ni con una formulación huera) frente a la intervención de todos o uno de los titulares del poder<sup>657</sup>.

### **3.2.3. Continente y contenido**

Como se ve, lo importante son los valores que el texto constitucional recoge, no el texto en sí ni su ausencia. Es irrelevante que la Constitución sea

---

<sup>657</sup> “El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre los hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin *cosificarse*”. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; Curso de Derecho Administrativo; Madrid, 1986, pág. 95.

abierta o cerrada, corta o extensa, que esté o no recogida por escrito<sup>658</sup>. Lo trascendente son los valores que encierra la Constitución, de igual manera que lo valioso son las joyas y no la caja que las guarda. La caja ha de ser segura, garantizar la seguridad y la integridad de los valores que guarda (art. 53 CE).

La Constitución tiene un valor vicario que proviene de los principios que encierra. Como se ha comprobado, no toda Constitución merece tal nombre<sup>659</sup>. Sin embargo, hay valores que deben ser siempre protegidos por el Estado aunque este carezca de Constitución.

El fundamento jurídico constitucional de los servicios de inteligencia de un estado democrático de derecho no es tanto la defensa de la Constitución (que puede o no existir y cuya importancia deriva de los principios y valores que entraña) sino la protección de aquellos principios y valores que configuran el estado de derecho vengán o no reconocidos en el texto constitucional.

Si se examina con detalle el caso alemán puede observarse que, tanto hace veinte años – en la época de Willy Brandt-, como ahora, cuando se alega por los Servicios de Protección de la Constitución (bien sea del Estado –BfV- o de los *Länder*) “deslealtad constitucional”, lo que se dice realmente es que se ha puesto en duda o atacado alguno de los pilares básicos –principios o valores- del estado democrático de derecho.

Sirva como ejemplo el último caso que salta a la palestra, el caso Czażkóczy, donde la acusación corre a cargo del Land de Baden-Württemberg. La Ministra de Educación de Baden-Württemberg, Annette

---

<sup>658</sup> Aunque ciertamente su plasmación por escrito, a ser posible en un texto único, facilita su entendimiento y el desarrollo constitucional posterior. Aceptado esto hay que convenir también que nadie dirá que el Reino Unido no es un estado constitucional por no tener un texto único.

<sup>659</sup> Recuérdese la tendencia absurda de algunos estados africanos a copiar, ficticiamente, constituciones europeas y los rotundos fracasos que han venido asociados; quizá porque en África no viven europeos, sino africanos.

Schavan, argumenta que: “quien milita contra el orden-liberal democrático no puede emplearse como profesor”<sup>660</sup>.

#### **4. La libertad como fundamento constitucional de los servicios de inteligencia en el marco del estado de derecho**

Llegados a este punto parece evidente que hay un conjunto de principios o valores que son determinantes para la existencia de un verdadero estado democrático de derecho y de una economía de libre competencia que son las condiciones necesarias que propician la riqueza de las naciones y el bienestar de los ciudadanos.

La cuestión que se plantea ahora es si todos esos principios o valores han de ser protegidos por igual, si son igualmente importantes, o si hay alguno que esté por encima de los demás, alguno que en verdad sea la piedra angular del estado de derecho.

##### **4.1. Concepto de libertad**

La libertad es una idea compleja que alude a diversos contenidos relacionados entre sí, esencialmente cuatro<sup>661</sup>: primero, exención de imposiciones ajenas; segundo, un poder hacer efectivo (porque se dispone de los medios adecuados); tercero, autonomía de elección; cuarto, esa autonomía de elección se traduce en su faceta política, en la vida social, en la participación en las decisiones colectivas, escogiendo quiénes van a decidir o cual va a ser el contenido de la decisión.

---

<sup>660</sup> Cfr. Villapadierna, Ramiro; “Alemania, el sistema se defiende”, “ABC”, de 30 de agosto de 2004.

<sup>661</sup> Sánchez Agesta, Luis; *op. cit.*,, pág. 461.

“Ningún filósofo de importancia ha pasado por alto el problema de la libertad”<sup>662</sup>. Lo mismo podemos decir desde el punto de vista jurídico porque “la libertad es inseparable de la persona humana y, consiguientemente del Derecho. Sin libertad personal es inconcebible un ordenamiento jurídico”<sup>663</sup>. Escribe Legaz y Lacambra: “La libertad pertenece esencialmente a la persona... no hay existencia personal donde falta la libertad, la cual se halla en la raíz metafísica de la vida... El Derecho recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve como recompensa la libertad jurídica de las personas... En cuanto forma social de vida, el Derecho es la libertad jurídica. Pero la libertad jurídica es libertad organizada, precisada, recortada”<sup>664</sup>.

Partiendo de las premisas anteriormente expuestas es posible encontrar tantas definiciones de libertad como autores han tratado de ella. Montesquieu decía que la libertad no puede consistir sino en poder hacer lo que se debe querer<sup>665</sup> y Sánchez Agesta la define como “el conjunto de condiciones, negativas y positivas, que permiten al hombre el desenvolvimiento de su naturaleza y la adquisición de su entera dignidad personal, en la vida de una comunidad”<sup>666</sup>.

#### **4.2. Desarrollo histórico de la concepción de libertad**

“Los orígenes de la concepción moderna de libertad hay que referirlos al cristianismo, que da una dimensión trascendente al concepto del hombre como

---

<sup>662</sup> Mantilla Pineda, Benigno; *Filosofía del Derecho*; Medellín, 1961, pág. 394.

<sup>663</sup> Castán Tobeñas, José; *Los Derechos del Hombre*; Madrid, 1976, pág. 56.

<sup>664</sup> Legaz y Lacambra, Luis; *Filosofía del Derecho*; Barcelona, 1961, págs. 736 a 738.

<sup>665</sup> “La libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer”. Sánchez Agesta, Luis; *Documentos...*, *op. cit.*, pág. 379.

<sup>666</sup> Sánchez Agesta, Luis; *Principios...*, *op. cit.*, pág. 465.

persona”<sup>667</sup>. Más tarde, el pensamiento cristiano alimenta diversas corrientes en el pensamiento medieval.

En el Renacimiento Francisco de Vitoria construye ya una concepción de la persona como fuente de derechos naturales<sup>668</sup>, doctrina que Vázquez de Menchaca difunde en Europa.

Tras el paréntesis absolutista, Locke y Montesquieu propugnan la división y control del poder en garantía de la libertad, y el primero sentencia que no puede haber libertad sin ley. El derecho natural racionalista<sup>669</sup> da un carácter trascendente y universal a las declaraciones de derechos humanos que serían enmendadas y revisadas tras las dos guerras mundiales donde las doctrinas marxistas y socialdemócratas hacen hincapié en la necesidad de proteger realmente los derechos humanos y no sólo formalmente.

Bajo la aparente bondad del enunciado<sup>670</sup> se desliza una pretensión colectivista. La actuación positiva del Estado “en defensa de la libertad” no es sino una forma de sujetar a la intervención estatal más y más esferas de la vida social.

La pretensión de atender a las necesidades efectivas de la gente a medida que surgen y elegir, deliberadamente, entre ellas, es una vieja pretensión colectivista<sup>671</sup>. Las normas formales, el hecho de no saber a quien benefician o perjudican, es la mayor garantía de libertad, lo contrario es repetir la frase

---

<sup>667</sup> *Idem*, pág. 471.

<sup>668</sup> Y defiende el constitucionalismo limitando los poderes del rey “mediante la sujeción de éste a la ley”. Fassó, Guido; *Historia de la Filosofía del Derecho* (Vol. II); Madrid, 1981, pág. 59.

<sup>669</sup> “Que a su vez había recibido la doctrina de Vázquez de Menchaca a través de Althusius”. Sánchez Agesta, Luis; *Principios...*; *op. cit.*, pág. 471.

<sup>670</sup> Que encontraría acomodo en el art. 9.2 de la Constitución española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>671</sup> *Cfr.* Hayek, Friedrich; *op. cit.*, pág. 107.



favorita de Stalin, “¿Quién? ¿A quién?”<sup>672</sup>. Esta consideración formal, “es la razón de ser del gran principio liberal del estado de derecho”<sup>673</sup>.

### **4.3. La libertad en la Constitución española de 1978**

La Constitución española de 1978 considera la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político<sup>674</sup>.

#### **4.3.1. Los valores superiores**

Como observa Garrido Falla no todos los valores tienen el mismo grado de concreción y, en consecuencia, no todos tienen el mismo grado de operatividad jurídica. Calificar o entender que un hecho o una ley no cumplen con el necesario pluralismo político es trabajo menos arduo que calificar como justa o no una ley o decir que infringe la libertad del individuo.

---

<sup>672</sup> Aquí es donde comunismo y nazismo se dan la mano, la protección real de los derechos que defiende el comunismo superando la protección formal de los liberales no es otra cosa que el estado justo que defendían los nazis. Este estado justo superaba al estado de derecho por cuanto se llegaba directamente hasta la persona concreta, hasta el ciudadano, se tenían en cuenta sus características personales –raza, religión, ideas políticas, quién, para quién, que diría Stalin- y se le mejoraba la vida hasta tal punto que el estado justo nazi le decía lo que tenía que hacer en su tiempo de ocio: de dos a tres dará un paseo, de tres a cuatro cortará el césped. A esto lo llamaban una mejora sustancial del estado de derecho, que, según ellos, quedaba ampliamente superado. Había que concretar los derechos fundamentales. Ni comunistas ni nazis comprendían que su falta de concreción personal era la mejor garantía.

<sup>673</sup> “Allí donde se conocen los efectos precisos de la política del Estado sobre los individuos en particular, donde el Estado se propone directamente estos efectos particulares, no puede menos de conocer esos efectos, y no puede, por ende, ser imparcial. Tiene necesariamente que tomar partido, imponer a la gente sus valoraciones y... elegir por ella los fines... Los más de cerca interesados en una cuestión particular no son necesariamente los mejores jueces sobre los intereses de la sociedad en general... Un resultado necesario, y sólo aparentemente paradójico, de lo dicho es que la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos, y que toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho... Puede incluso decirse que para un eficaz Estado de Derecho es más importante que el contenido mismo de la norma el que ésta se aplique siempre, sin excepciones”. Hayek, Friedrich; *op. cit.*, págs. 109 a 113.

<sup>674</sup> El artículo 1.1. de la Constitución Española dice: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Quizá por ello, por esa dificultad de concreción, la libertad ha sido de todos los valores, el que ha tenido mayor desarrollo en la Constitución. Por eso es el que menos se usa por los operadores jurídicos que sustituyen el concepto por su desarrollo, lo cual no quiere decir que en lo no desarrollado haya que optar por el silencio.

#### **4.3.2. La libertad**

Decía Montesquieu que la libertad “es el derecho de hacer lo que las leyes permiten, y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría libertad, porque también los otros tendrán este poder”<sup>675</sup>. Pues bien, en la ley fundamental española, en la Constitución de 1978, el valor libertad tiene dos grandes dimensiones, una organizativa que se refleja en la propia organización de las instituciones del Estado, y otra del “status” de las personas en esa organización social. La libertad es, pues, raíz de los derechos fundamentales y de la parte orgánica de la constitución, es el germen del estado democrático de derecho.

En cuanto a su supremacía o no respecto de los otros valores fundamentales hay que convenir con Lord Acton que la libertad “no es un medio para un fin político más alto. Es, en sí, el fin político más alto. No se necesita por razones de buena administración pública, sino para asegurar la consecución de los más altos objetivos de la sociedad civil y de la vida privada”<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup> Sánchez Agesta, Luis; *Documentos...*; *op. cit.*, pág. 379.

<sup>676</sup> Citado en Hayek, Friedrich; *Op. cit.*; pág. 103. La utilización espuria de la libertad como tapadera, como distracción de los intelectuales, puede verse en los comentarios de Napoleón a la celeberrima obra de Maquiavelo. Así en la anotación 403 del Emperador (Capítulo XVI: De la libertad [recte, liberalidad] y miseria) se reclama éste inventor de las expresiones “ideas liberales” y “modo de pensar liberal”, expresiones que “embelesan a todos los ideólogos”. Cfr. Maquiavelo, Nicolás; *El Príncipe (Comentado por Napoleón Bonaparte)*; México, 1981, pág. 79.

Lord Acton (como Tocqueville o Edmund Burke) vivió en tiempos donde la libertad se veía como problema y se defendía<sup>677</sup>. Los ejércitos enemigos eran mucho más visibles que los mecanismos totalitarios que se deslizan subrepticamente en el estado de derecho al amparo de ideologías colectivistas (socialistas, marxistas, nacionalistas, nacionalsocialistas...) <sup>678</sup>. Pero aquellos ejércitos y estos mecanismos amenazan igualmente la libertad individual que, con razón, ha de ser considerada el primero de los valores a defender<sup>679</sup> pues sin ella, sin libertad, no hay persona<sup>680</sup>, como decía Azaña: "La libertad no hace felices a los hombres. Los hace, simplemente, hombres". Y es este hombre libre quien puede legítimamente aspirar a justicia, igualdad o pluralismo político.

La raíz del progreso económico y del desarrollo del individuo en sociedad hay que buscarla en el estado de derecho. Son estas naciones las que aparecen como más deseables para vivir al ser humano y las que atraen personas desde todos los puntos del planeta que incluso arriesgan sus vidas con tal de alcanzarlas. Pues bien, la semilla primera del estado de derecho es la libertad, de su existencia depende el bienestar de los individuos. La libertad no es un valor que haya estado ahí desde siempre —como decía Montesquieu la democracia no es un estado libre por naturaleza—, no es una planta salvaje, es una creación de la humanidad, un árbol que necesita ser cuidado por una generación y unos tiempos que, preocupados por algunos de sus frutos,

---

<sup>677</sup> "La propia idea de libertad está borrándose de las costumbres y las conciencias". Baudrillard, Jean; "Le Monde", 3 de noviembre de 2001.

<sup>678</sup> Como decía el propio Lord Acton: "Pocos descubrimientos son tan exasperantes como los que revelan la genealogía de las ideas".

<sup>679</sup> "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos, con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida". De Cervantes, Miguel; *op. cit.*, pág. 598.

<sup>680</sup> "...no hay existencia personal donde falta la libertad, la cual se halla en la raíz metafísica de la vida...". Legaz y Lacambra, Luis; *op. cit.*, pág. 736.

olvidan quien los produjo. El tiempo y la distancia han permitido que, para la generación actual<sup>681</sup>, los frutos tapen el árbol. No hay ejércitos napoleónicos de brillantes colores, fácilmente visibles, que amenacen la libertad, ni esclavos que contraponer a los hombre libres. Hay mecanismos totalitarios que se deslizan subrepticamente dentro del estado democrático de derecho y que son difícilmente perceptibles para el común de los ciudadanos. Si a un hombre libre le dicen que va a ser esclavo entiende claramente que su libertad es atacada; si lee en el periódico que el máximo órgano del poder judicial va a ser designado por el ejecutivo quizá no lo tenga tan claro.

#### **4.4. Los límites de la libertad**

En primer lugar, la libertad del individuo resulta limitada por los derechos de los demás. Ni siquiera la propiedad es un valor absoluto al modo de la antigua Roma. La Constitución española establece en su artículo 33.2 la función social de la propiedad que “delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. No es posible infringir los derechos de los demás alegando el uso de la libertad individual<sup>682</sup>.

En segundo lugar, el Estado. La limitación de la libertad resulta de la consideración del Estado como “instrumento del bien común”<sup>683</sup> lo que obliga a

---

<sup>681</sup> La consideración de la libertad por las generaciones que han vivido los últimos tres siglos, parece hacer buenos los versos de Horacio: “*Aetas parentum peior avis tulit/ nos nequiores, mox daturos/ progeniem vitiosorem*”. Desde luego a cualquier persona le parece evidente las ventajas que proporciona la existencia de una buena Seguridad Social, o unos buenos servicios de policía o de bomberos dotados con los últimos adelantos técnicos. Ya no es tan evidente que esos servicios ha de pagarlos el Estado. Y aún es menos evidente que el Estado puede pagarlos gracias a la existencia de una economía de mercado, de la que detrae recursos en forma de tasas e impuestos, que hunde sus raíces en la libertad. Así pues, se ve el fruto (las medicinas, los servicios...) pero no el árbol, pues el árbol de la libertad es tan frondoso y fructífero que no deja ver el tronco, menos aún las raíces.

<sup>682</sup> En el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se lee: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados mas que por la ley”.

<sup>683</sup> Sánchez Agesta, Luis; *Principios...*; *op. cit.*, págs. 485 y 486.

conservarlo y mantenerlo puesto que a su vez garantiza la libertad de los individuos (el estado democrático de derecho, se entiende)<sup>684</sup>.

Finalmente, la Humanidad<sup>685</sup>, con mayúsculas, porque el ser humano tiene un compromiso congénito con todas y cada una de las personas que pueblan la tierra, cada una de cuyas vidas son únicas y preciosas. Es por eso que la libertad puede ceder y debe ser recortada en beneficio de todos los hombres. “La solidaridad de la humanidad exige superar la posición egoísta a que el orden estatal tiende naturalmente y elevarse en una misión más amplia al bien común de la humanidad”<sup>686</sup>.

#### 4.5. Libertad y seguridad en el Estado de Derecho

Tradicionalmente, libertad y seguridad han estado situadas en trincheras, distintas y enfrentadas, dentro del estado democrático de derecho<sup>687</sup>. Y esto ha sido así en la doctrina que ha abordado la teoría de la seguridad nacional hasta que en 1991, en el caso Cheblak, Lord Donaldson hacía la siguiente consideración: “...aunque la seguridad nacional y las libertades civiles pueden dar lugar a tensiones cuando confluyen en el mismo ámbito, ambas están situadas en el mismo lado”<sup>688</sup>. El razonamiento del tribunal es *obiter dicta* y

<sup>684</sup> “...el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para preservar la seguridad nacional (arts. 10.2 y 11.2)”. Álvarez Conde, Enrique; La necesidad de una reforma..., *op. cit.*

<sup>685</sup> Que no es un recurso a lo Víctor Hugo, cuando no se sabe como continuar se cita a la Humanidad. La célebre anécdota puede verse en el Prólogo para Franceses de Ortega y Gasset, José; La rebelión...; *op. cit.*, pág. 11.

<sup>686</sup> Sánchez Agesta, Luis; Principios...; *op. cit.*, pág. 486.

<sup>687</sup> “Suele citarse el elenco de derechos naturales del artículo 2 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, olvidando que además de libertad, propiedad o resistencia a la opresión, se incluye en él la seguridad”. Del Aguila, Rafael; *op. cit.*, págs. 131 y 132. En efecto, el art. 2 dice así: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

<sup>688</sup> Cfr. Revenga Sánchez, Miguel; Razonamiento judicial..., *op. cit.*

enlaza, en un salto de mil años, con la vida de los caballeros europeos que aunaban libertad y seguridad tras los muros del castillo<sup>689</sup>.

En efecto, como dice Revenga, “cuando, en nombre de la seguridad, se vulnera un derecho, se produce una erosión en los cimientos del sistema que causa daños en ambos lados, en el de la libertad y en el de la seguridad. La pérdida de libertad, por ocasional y aislada que resulte, es en definitiva algo que, como se ha defendido con vehemencia, también resta peso al valor de la seguridad”<sup>690</sup>.

Ello es así porque, como se ha visto, la joya de la corona del estado democrático de derecho es la libertad<sup>691</sup>. Este es el bien máspreciado que ha de ser siempre defendido: “...un estado cuyo fin no sea en última instancia la defensa de la libertad individual está condenado a convertirse en una interminable, ilimitada y ruidosa administración de su servidumbre”<sup>692</sup>.

Ahora bien, puede darse el caso de que en el intento de salvar la libertad individual el Estado principie por ahogarla. Así ocurre cuando la seguridad nacional torna de criada a señora de la libertad<sup>693</sup>. De igual modo que se ha visto establecer una relación de medio a fin, defensa nacional/seguridad nacional, así se ha de convenir ahora en una relación de medio a fin, seguridad/libertad.

---

<sup>689</sup> Hubo un tiempo en la historia de Europa que resultaba evidente que seguridad y libertad estaban del mismo lado de las almenas. Era la Europa medieval, la Europa de los castillos: “...los castillos parecen descubrirnos... un tesoro de inspiraciones... Sus torres están labradas para defender a la persona contra el Estado. Señores: ¡Viva la libertad!”. Cfr. Ortega y Gasset, José; *El espectador*; op. cit., págs. 114 a 119. Con rigor puede decirse con Ortega que “el liberalismo es el fruto que, sobre los alcornoques, dieron los castillos”.

<sup>690</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento judicial...*, op. cit.

<sup>691</sup> “Para vivir en libertad es necesario un Estado Liberal, es decir, un orden legal en que los derechos del individuo sean sagrados y superiores a cualquier consideración colectivista”. Jiménez Losantos, Federico; *Lo que queda de España*; Madrid, 1995, pág. 510.

<sup>692</sup> *Ibidem*.

<sup>693</sup> Ciertamente señora y criada están “en el mismo lado”, que diría Lord Donaldson, en la misma casa jurídica, pero una manda y la otra no. Y, siguiendo con el ejemplo, piénsese en el Estado de Derecho como el mayordomo de la libertad, la seguridad nacional es uno de los medios que puede utilizar para defenderla y acrecentarla, pero no el único, ahí están la supremacía de la ley, el control del poder, el respeto de los derechos fundamentales...

La seguridad nacional sólo es un medio que permite la existencia de la libertad individual. Recuérdese que el Estado no tiene derechos fundamentales y que su existencia se justifica como garante de la libertad de los hombres que en él habitan<sup>694</sup>.

El actual estadio de la Humanidad, configurado como una sociedad de naciones que quiere ser supranacional ha dado pie a una curiosa configuración de la seguridad nacional y por ende de la libertad. Como dice Revenga Sánchez –respecto de Estados Unidos- la seguridad nacional fue el producto más genuino de la Segunda Guerra Mundial<sup>695</sup>. Es decir, la seguridad nacional se predicaba respecto de otros estados que podían invadir y aniquilar la libertad de que disfrutaban los naturales del lugar. Y es aquí cuando lo adjetivo se hizo sustantivo porque lo importante es la pérdida de la libertad, no quién sea el autor de su privación.

Es irrelevante que la libertad individual se suprima por “los de aquí” o por “los de fuera” –por utilizar la terminología nacionalista que resulta aún más clarificadora-. Lo decisivo es que el individuo carece de libertad. El Estado no puede suprimir libertades esenciales para garantizar la libertad misma<sup>696</sup>. En el cambio “seguridad” por “libertad”, la primera es hojalata y la segunda oro puro. Muchos kilos de la primera son necesarios para compensar un gramo de la segunda.

De otro lado, si lo que pretende el Estado es garantizar su supervivencia es necesario recordarle al Estado que su existencia sólo tiene sentido en la

---

<sup>694</sup> Lo que lleva directamente al pensamiento de Rawls. Lo justo puede entenderse promoviendo un bien que es común para los ciudadanos. Rawls, John; *op. cit.*, pág. 109.

<sup>695</sup> Cfr. Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*, *op. cit.*, págs. 14 y 15.

<sup>696</sup> Ni la pérdida o restricción de una libertad concreta puede actuar como locomotora o como justificación para la pérdida o restricción de otras tantas: “Se empieza por ceder en unas libertades, se termina perdiendo todas”. Haro Tecglen, Eduardo; “Miedo a la seguridad”, “El País”, 20 de noviembre de 2001.

medida que garantiza la libertad de los individuos<sup>697</sup>. ¿Qué ventajas obtendrían estos perpetuando la existencia de un Estado opresor?<sup>698</sup>

Sentado lo anterior hay que decir también que la idea de seguridad, personal y económica<sup>699</sup>, ha ejercido siempre un poderoso atractivo sobre los hombres de todos los tiempos y todas las edades. Es difícil que sociedades acostumbradas a la libertad estén dispuestas a cambiarla por seguridad (tal como sucedió en la Alemania de Hitler), pero el fenómeno puede darse y es tanto más plausible cuanto más aprieta la necesidad. Es entonces cuando se escuchan razonamientos del tipo que Harold Laski hizo poco antes de la Segunda Guerra Mundial: "sin seguridad económica la libertad carece de valor". De ser cierta tal afirmación, sólo los funcionarios valorarían debidamente la libertad. Pero hay un grano de verdad en ella, "cierta seguridad es esencial si la libertad ha de preservarse, porque la mayoría de los hombres sólo estará dispuesta a soportar el riesgo que encierra inevitablemente la libertad si este riesgo no es demasiado grande"<sup>700</sup>.

La libertad no tiene alternativa digna, pero aún así, siempre habrá quien, en uso de su libertad, decida ser esclavo, y cambiar libertad por seguridad<sup>701</sup>. Ante esto sólo cabe recordar las palabras de Benjamín Franklin: "Aquellos que

<sup>697</sup> Los derechos fundamentales han demostrado en el pasado ser inaplicables cuando el hombre no era ciudadano de ningún Estado, caso de los judíos y el Holocausto. Cfr. Arendt, Hannah; Los orígenes del totalitarismo; Madrid, 1974, págs. 371, 377 y 378.

<sup>698</sup> El Estado defensor de la libertad individual enlaza con la idea de Dahl del bien común identificado con las instituciones que desarrollan el bienestar de los ciudadanos. Dahl, Robert; Democracy and its Critics; Londres, 1989, págs. 305 a 308.

<sup>699</sup> El Estado no puede dar a todos "la certidumbre de unos determinados ingresos si ha de concederse alguna libertad a cada cual para que elija su ocupación". Friedrich, Hayek; *op. cit.*; pág. 161.

<sup>700</sup> Friedrich, Hayek; *op. cit.*; pág. 172. Sin embargo, el hombre medieval, vivía para guerrear, poseía un verdadero espíritu guerrero. "La causa por la cual en el espíritu guerrero prevalece el apetito de acción sobre el temor al peligro no es otra que un radical sentimiento de confianza en sí mismo... La época bárbara es sazón de fe en sí mismo. Esta es la gran virtud de tal edad, que conviene injertar en la nuestra, ahíta de cautela y preocupación". Ortega y Gasset, José; El espectador; *op. cit.*, págs. 119 a 121.

<sup>701</sup> "...el bolchevismo debería alertarnos sobre las consecuencias inhumanas de ciertas ideologías redentoristas que prometen el Paraíso a cambio de la libertad". Jiménez Losantos, Federico; La dictadura silenciosa; Madrid, 1993, pág. 21.



cederían la libertad esencial para adquirir una pequeña seguridad temporal, no merecen ni libertad ni seguridad”<sup>702</sup>.

#### **4.6. Libertad y servicios de inteligencia**

Es evidente que la joya más preciada es la que ha de ser primeramente defendida. Lo que ya no es tan evidente es el modo en que esta defensa debe procurarse.

##### **4.6.1. El ciudadano, el Gobierno y los servicios de inteligencia**

Escribe Andrés Montero-Gómez: “Los métodos de actuación en tiempo de paz o en época de guerra verán bien matizado su desarrollo... Pero en cualquier caso y con independencia del momento, de quién obtiene la información, de quien la trata y del usuario último, el beneficiario siempre debería ser el mismo: el ciudadano. Desde el mismo instante en que cualquier organismo público creado para este fin, no sea conducido bajo la guía de este principio y se deje llevar por intereses políticos o personales, estaremos asistiendo a una deformación del servicio desde su base, haciendo de éste un ente comprometedor para la misma nación que lo sustenta”<sup>703</sup>.

Los servicios de inteligencia están para auxiliar al Gobierno en la toma de decisiones, pero tales decisiones han de procurarle un beneficio al ciudadano cuyo modo más obvio es ampliar la esfera de libertad de éste, o bien, evitar que se vea menguada.

---

<sup>702</sup> Friedrich, Hayek; *op. cit.*; pág. 172.

<sup>703</sup> Montero-Gómez, Andrés; “Valor de inteligencia...” *op. cit.*

El estado democrático de derecho “no es el estado de debilidad”, Robert Badinter<sup>704</sup> *dixit*. No es contrario al estado democrático de derecho que la policía o los aduaneros registren equipajes cumpliendo con su obligación. Esa mengua momentánea en la libertad de uno acrecienta la libertad y la seguridad de todos. Lo mismo puede predicarse de los servicios de inteligencia.

Lo que implica la existencia del estado de derecho no es la indefensión sino el control del poder. Para defender la libertad de todos el estado puede defenderse, pero en un estado de derecho tales medidas de autodefensa llevadas a cabo por el ejecutivo serán susceptibles de ser controladas por los otros poderes del estado. La característica del estado de derecho frente a la amenaza de la libertad no es la inacción sino la acción controlada.

#### **4.6.2. La libertad, referencia primera y última de los servicios de inteligencia**

Como se ha visto, el final del proceso confluye —debería concluir, so pena de intereses espurios— en la libertad de los individuos, del ciudadano, que ha de verse beneficiado de las decisiones que toma su Gobierno, debidamente asesorado por los servicios de inteligencia. Al final, la libertad, pero al principio también.

En el ejercicio habitual de sus actividades es normal que los servicios de inteligencia choquen con la libertad en cualquiera de sus facetas (“La seguridad tiene un precio y así debe ser”<sup>705</sup>). Ante este primer paso los servicios han de preguntarse: Primero, si es una actividad cubierta por el mandato legal que han recibido; segundo, si la decisión de acometerla ha seguido el camino oportuno;

---

<sup>704</sup> Ex ministro de Justicia francés y Presidente del Consejo Constitucional.

<sup>705</sup> Brody, Reed; “El recorte de las libertades públicas”, “El País”, 10 de diciembre de 2001.

tercero, si el funcionario que la ordena ostenta tal competencia; cuarto, si no hay un medio menos gravoso para la libertad de satisfacer el fin requerido; quinto, cuál es la mínima intensidad posible con la que tal fin puede ser cumplido.

Los servicios de inteligencia debieran tener un anclaje constitucional porque su actividad afecta directamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos. La L.O. de 17 de noviembre de 2005 enlaza directamente la seguridad nacional con la defensa de los valores fundamentales insertos en la constitución. La seguridad nacional no puede ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado de los derechos, sin producir al mismo tiempo inseguridad constitucional.

La paz social está garantizada por los valores constitucionales que dan naturaleza sustantiva a los estados democráticos de derecho. La mera existencia de la democracia no basta para garantizar que el poder no sea arbitrario, es necesario que la democracia venga acompañada del estado de derecho.

La constitución es la caja de seguridad, la caja fuerte, que contiene las joyas del estado democrático de derecho: los valores que lo sustentan. La seguridad nacional, la paz, es posible gracias a la existencia en la práctica cotidiana de tales valores.

De todos esos valores, la libertad es especialmente relevante, sin ella no son posibles los demás. Es esencial para el hombre ser libre. Es el valor supremo –Lord Acton-. La libertad es el mayor regalo –decía Don Quijote a Sancho- y su privación el mayor castigo. Es este hombre libre el que puede aspirar a igualdad, justicia y pluralismo político.

La relación entre seguridad y libertad no es de confrontación, no viven en trincheras opuestas sino en la misma casa, un lugar donde la libertad es la señora y la seguridad la criada.

La libertad ha de ser la referencia primera y última de los servicios de inteligencia. La libertad fundamenta y justifica la existencia de los servicios de inteligencia. El estado, el estado de derecho, el imperio de la ley tiene por finalidad la defensa de la libertad de los ciudadanos que son los titulares de los derechos recogidos en la constitución. A los servicios de inteligencia compete ayudar al ejecutivo en el proceso de toma de decisiones para garantizar la libertad de los ciudadanos.

El fin de la seguridad es permitirnos vivir en libertad. La seguridad es el medio, la libertad es el fin. En un estado democrático de derecho las actividades de estos servicios no pueden representar una amenaza para los principios de su ordenamiento constitucional. "La convicción de que la seguridad es garantía de la libertad y de la democracia pero que sin libertad y democracia no puede existir seguridad constituye uno de los principios ideológicos de la sociedad occidental sobre los que se levantan sus estructuras jurídicas, económicas y políticas"<sup>706</sup>.

---

<sup>706</sup> Esteban Navarro, Miguel Angel; "Necesidad, fundamento y misión de un servicio de inteligencia para la seguridad y la defensa", "Cuadernos de Estrategia del Ministerio de Defensa nº 127", pág. 79.

## **Capítulo IV:**

# **Servicios de inteligencia y secretos de estado**

## **6. Orígenes de la razón de Estado**

El paso del tiempo ha hecho que razón de Estado y Maquiavelo resulten sinónimos y coetáneos. Sin embargo, espigando la historia, pueden encontrarse abundantes semillas, antecedentes ciertos de lo que más tarde se denominaría razón de Estado.

La idea de que la preservación de la comunidad pueda necesitar de medidas excepcionales, que se salgan o enfrenten con lo que es tenido por normal, la idea de que algunas cuestiones deban ser conocidas por el menor número de personas en beneficio de todos no es ciertamente una idea novedosa.

En el ordenamiento jurídico español se pueden encontrar referencias a las “razones del Reyno” en Las Siete Partidas. Del Aguila se remonta a la Guerra del Peleponeso contada por Tucídides, en el ataque por los atenienses a la isla de Melos. Por su parte, el teólogo Hans Küng<sup>707</sup> muestra que ni siquiera el Vaticano se libró de tales razones ya a mediados del siglo IX durante el pontificado de Nicolás I.

---

<sup>707</sup> Küng, Hans; El cristianismo; Madrid, 1997, págs. 375 y ss.

Cuando se asocian Maquiavelo y razón de Estado, se olvida que en tiempos de Maquiavelo no existía el Estado como tal. El Estado moderno que hoy conocemos –abstracto e impersonal–no aparece en la historia de las ideas políticas hasta Bodino<sup>708</sup>.

### **1.1. Definiciones clásicas**

Definiciones de razón de Estado pueden encontrarse tantas como se quieran buscar. Quizá la definición clásica por excelencia sea la de Giovanni Botero que en su obra *De la Razón de Estado* dice: “Estado es un dominio firme sobre el pueblo y razón de estado es noticia de los medios aptos para fundar, conservar y ampliar tal dominio”. Siguiendo con los clásicos, Michel Foucault entiende que la razón de estado es todo lo que sirve fundamentalmente a la potenciación del aparato del estado<sup>709</sup>.

Según Del Aguila, dependiendo de la definición que adoptemos podremos atribuir la paternidad de la expresión a unos u otros<sup>710</sup>. Si se entiende que es la justificación de ciertas excepciones (sobre la justicia o los principios morales) para proteger la comunidad o el bien público, entonces hay que convenir que siempre ha existido. Si se la liga a una concepción estratégica de la acción política que sólo “funciona como mecanismo de justificación de las transgresiones cuando se asocia a un saber técnico sobre la política” es indubitable su ascendencia maquiaveliana<sup>711</sup>. Pero si a esta concepción se la une con un orden legitimatorio superior y una institución estatal protectora, su

---

<sup>708</sup> Creador también del concepto de soberanía. Fassó, Guido; *op. cit.*, pág. 54.

<sup>709</sup> Cfr. Del Aguila, Rafael; “Razón de Estado y razón cívica”, *“Claves de Razón Práctica”*, nº 52., pág. 15.

<sup>710</sup> Del Aguila, Rafael; *Las estrategias...*, *op. cit.*; págs. 92 a 97.

<sup>711</sup> *Ibidem*, pág. 93. El pensamiento de Maquiavelo tiene mucho que ver con la Política y muy poco con el Derecho. Fassó, Guido; *op. cit.*, págs. 32 y 33.

nacimiento debe unirse a los teóricos clásicos de la razón de Estado que ya concebían a éste en el sentido abstracto e impersonal con que hoy se conoce.

“En la concepción clásica, la Razón de Estado se asienta sobre un equilibrio entre un actuar estatal movido por las consideraciones éticas, inducidas socialmente, y un obrar político que obedece al afán de adquirir, conservar y extender el poder político para sí. Ethos y Cratos, en una dialéctica permanente perfilan la Razón de Estado... El Estado, todo Estado, se muestra impenetrable en cuanto a sí mismo porque en su privacidad, en la intimidad solitaria de su *para sí* reside su ilusión de perpetuación... Para asegurarse esta suerte de autoconciencia estatal metafísica... precisa del secreto, de la mitologización oculta de su *para sí*...”<sup>712</sup>.

## **1.2. De la razón de Estado a la Seguridad Colectiva en política internacional**

La muerte del Archiduque Fernando de Austria es principio de los estertores de la razón de Estado en política internacional. “...la razón de Estado, indiferente a la moral y a los intereses de los demás, fracasó en política internacional a partir de la guerra de 1914-1918. Lo substituyó el principio de la seguridad colectiva traído de Estados Unidos a Europa por Woodrow Wilson en 1919 y reafirmado con fuerza por Franklin Roosevelt y Harry Truman en 1945. La política internacional inspirada por dicho principio es de invención americana y funciona desde 1945 bajo la dirección americana. No se ve otra que pueda conducir a un mundo menos inaceptable”<sup>713</sup>.

---

<sup>712</sup> Fraguas, Rafael; “Servicios secretos y razón de Estado”, “Claves de Razón Práctica”, nº 14, págs. 66 y 67.

<sup>713</sup> Revel, Jean François; La obsesión antiamericana; Barcelona, 2003, pág. 52. Sobre la gestión de la política de seguridad colectiva por los Estados Unidos puede verse Kissinger, Henry; Diplomacia, Barcelona, 1996, *passim*.

La política de seguridad colectiva amenaza con ser casi tan inasible como el concepto de seguridad nacional, de hecho, ante la falta de participación, en general, de Europa Occidental, en su elaboración y aplicación, ha terminado por convertirse –de forma unilateral- en la proyección exterior de la seguridad nacional norteamericana<sup>714</sup>.

## **2. La razón de Estado y el estado de derecho**

Es cierto que este asunto “puede prestarse a ideas preconcebidas. La más frecuente de éstas, tal vez, consiste en sostener que en un Estado democrático de derecho toda actuación de los poderes públicos ha de quedar absolutamente sometida a publicidad; publicidad a la que, en cambio, debe estar sustraída la esfera privada”<sup>715</sup>. Se supone también que el nacimiento del Estado de Derecho marcaría la defunción del secreto de Estado: “*La sua sopravvivenza testimonia la scelta del legislatore di tutelare gli interessi degli apparati dello Stato prima ancora delle regole del diritto*”<sup>716</sup>.

Rafael del Aguila pretende que la adecuación de la razón de Estado al ecosistema del estado de derecho supone una transformación de la primera, una suerte de evolución darwiniana –adaptarse o morir-, que la convertiría en *razón cívica*.

---

<sup>714</sup> “Para que esa política de seguridad colectiva... no propiciara el surgimiento de una *hiperpotencia* americana, sería necesario que muchos otros países tuvieran la inteligencia de participar en su elaboración y su aplicación, en lugar de denigrar a sus promotores” Revel, Jean François; *op. cit.*, págs. 52 y 53.

<sup>715</sup> Díez-Picazo, Luis María; *op. cit.*, pág. 77.

<sup>716</sup> Periodista el primero y magistrado el segundo. Flamini, Gianni y Nunziata, Claudio; *Segreto di Stato*; Roma, 2002, pág. 120.



## 2.1. De la razón de Estado a la razón cívica

“La forma en que la razón de Estado puede hacerse buena en un contexto democrático *exige* su transformación en razón cívica”<sup>717</sup>. Naturalmente, ese contexto democrático al que se alude no puede ser otro que el marco del estado de derecho.

Para Del Aguila la razón cívica sería “la forma que la razón de Estado puede adoptar bajo condiciones democráticas” y propone dos vectores de aproximación: El primero de ellos tiene que ver con el control. Entiende que los secretos pueden ser necesarios y no deben ser completamente abolidos pero en el marco del estado de derecho pueden y deben ser controlados ya sea *a priori o a posteriori*<sup>718</sup>.

El segundo enlaza con el pensamiento de Richard Rorty cuando habla de una racionalidad que escinde supervivencia e identidad, que permite decir “mejor morir que hacer esto o aquello”<sup>719</sup>, que permite a la sociedad no cambiar de identidad, no transformarse en lo que no quiere ser aún a costa de su supervivencia.

## 2.2. Implicaciones del estado de derecho

“El secreto, en cuanto privación que es de acceso a una determinada información a la generalidad de las personas, es una excepción al derecho

---

<sup>717</sup> Cfr. Del Aguila, Rafael; “Razón de Estado y razón..”, *op. cit.*, pág 18.

<sup>718</sup> “...tenemos no solo el derecho sino el deber de juzgar a aquellos que nos gobiernan , de ponernos en su lugar y preguntarnos qué otro/s curso/s de acción podía/n tomarse...” *Idem*, pág 21.

<sup>719</sup> *Ibidem*..

general”<sup>720</sup>. Esta preeminencia de la publicidad permite la lucha entre el poder y la memoria y posibilita el control *a posteriori* por la sociedad<sup>721</sup>.

“En todo aquello que no cae bajo la protección de la exclusión excepcional y reglada de conocimiento que es el régimen jurídico del secreto, el poder debe estar desnudo porque ese es el sentido del Estado de Derecho”<sup>722</sup>. De esta afirmación, siguiendo a Javier de Lucas, se derivan algunos corolarios que conviene tener presentes: primero, la necesidad de que haya una expresa previsión legislativa al respecto habida cuenta del carácter excepcional y provisional del secreto; segundo, tal habilitación debe estar claramente tasada y, tercero, conectado con el anterior deben delimitarse claramente, al menos, objeto, tiempo y depositarios del secreto<sup>723</sup>.

Hay que dejar bien claro que lo que resulta incompatible con el estado de derecho no es la existencia de secretos, sino que estos escapen a la ley, “que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable”<sup>724</sup>. Según Desantes, el Estado democrático de derecho plantea dos exigencias: el control del que gobierna y la participación de los ciudadanos en el gobierno<sup>725</sup>.

<sup>720</sup> Álvarez Conde, Enrique; “El temor...” *op. cit.*: “La regla general...el principio de publicidad, deberá tener siempre una interpretación favorable o extensiva. 2. La excepción,... el secreto, deberá tener una interpretación restrictiva y ser mirado, jurídicamente hablando, con recelo prudente”. Escobar de la Serna, Luis; Manual de Derecho de la Información; Madrid, 1997, pág. 481.

<sup>721</sup> No es cierto, como escribía Hitler, que las masas se sientan satisfechas al ser “dominadas” por el poder (Cfr. Hitler, Adolf; Mein Kampf; Londres, 1939, págs. 56 y ss), pues como puso de relieve Fromm “los sistemas autoritarios no pueden suprimir las condiciones básicas que originan el anhelo de libertad”. Fromm, Erich; El miedo a la libertad; Barcelona, 2003, pág. 230.

<sup>722</sup> De Lucas, Javier; “De secretos, mentiras y razones de estado”; “Claves de Razón Práctica”, nº 52, pág. 28.

<sup>723</sup> *Ibidem*. “El secreto de Estado sólo es tolerable cuando se presenta en términos rigurosamente excepcionales y vinculados a la defensa de un manifiesto interés público. Es constitucional, legal y lícito la existencia de secretos oficiales, aunque la ley debe limitar esos supuestos que puedan afectar a la seguridad del Estado”. Álvarez Conde, Enrique; La necesidad de una reforma: Los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

<sup>724</sup> De Lucas, Javier; *op. cit.*, pág. 26.

<sup>725</sup> Para más información puede consultarse, Desantes Guanter, José María; La función de informar; Pamplona, 1976, pág. 196.

### 3. El secreto de Estado

Está ampliamente extendida la idea de que el secreto es malo, quien tiene un secreto es porque tiene algo que ocultar, algo nocivo, perverso, que no debe ser expuesto a la mirada de los demás. En expresión de Georg Simmel el secreto sería "la expresión sociológica de la maldad moral"<sup>726</sup>, algo malo *per se*. Si, *hodie me die*, alguien pregunta y no obtiene una respuesta clara es que su interlocutor oculta algo malvado, el secreto<sup>727</sup>.

Sin embargo, esta valoración peyorativa, *a priori*, del secreto carece de base científica alguna. Es necesario que los individuos puedan elegir, en uso de su libertad, si quieren o no tener secretos, si prefieren vivir en una casa de piedra, con paredes o sin ellas<sup>728</sup>, si es de su gusto la pretendida casa de cristal que el socialismo trató de entronizar tras el "Telón de Acero"<sup>729</sup> o no. De igual forma, y como más adelante se verá, también es necesario que tenga secretos el Estado<sup>730</sup>, lo cual no le convierte en malvado ni desnaturaliza el estado de derecho.

<sup>726</sup> El de Simmel es un caso extraño. Muy conocido en España gracias a Ortega (caro también a Cioran) y con escasa repercusión en Europa. Cfr. Simmel, Georg; *Sociología*; Madrid, 1977, pág. 379.

<sup>727</sup> Con razón habla Kundera del decimoprimer mandamiento de nuestro tiempo: el deber de responder cualquier pregunta y ser veraz en la respuesta. Kundera, Milan; *La inmortalidad*; Barcelona, 1990, págs. 134 a 144.

<sup>728</sup> Tal como hizo Livio Druso según cuenta Plutarco. Cfr. Del Aguila, Rafael; *La Senda...*, op. cit., pág. 293.

<sup>729</sup> En dos obras distintas cuenta Kundera el caso de Jan Prochazka "gran personalidad de la Primavera de Praga, se convirtió, después de la invasión rusa en 1968, en un hombre sometido a estrecha vigilancia. Frecuentaba por entonces a otro gran opositor, el profesor Václav Cerny, con el que le gustaba beber y hablar... un día... queriendo desacreditar a Prochazka, la policía difundió estas conversaciones en forma de radionovela... de entrada, Prochazka quedó desacreditado... Tan solo de manera progresiva... la gente se fue dando cuenta que el verdadero escándalo no eran las palabras atrevidas de Prochazka, sino la violación de su vida... lo privado y lo público son por esencia dos mundos distintos... condición "*sine que non*" para que un hombre pueda vivir como un hombre libre... la cortina que separa esos dos mundos es intocable... los que arrancan las cortinas son criminales". Kundera, Milan; *Los Testamentos Traicionados*; Barcelona, 1994, págs. 272 a 274. Y también Kundera, Milan; *La insostenible levedad del ser*; Barcelona, 1993, pág. 139.

<sup>730</sup> Secreto de estado recogido por todos los ordenamientos jurídicos occidentales con la excepción del sueco: "*La tutela del segreto di stato dovrebbe teoricamente essere assente da qualsiasi ordinamento democratico. Ma se è così in Svezia, un principio analogo non è stato accolto nel nostro e in altri ordinamenti...*". Flamini, Gianni y Nunziata, Claudio; op. cit., págs. 119 y 120.

### **3.1. El secreto y el individuo**

Para Simmel, "el secreto constituye una de las mas grandes conquistas de la humanidad. Significa una enorme ampliación de la vida porque en completa publicidad muchas manifestaciones de esta no podrían producirse"<sup>731</sup>. "La existencia de una esfera privada protegida de intrusiones del poder o de otros individuos constituye para nosotros hoy el primer fundamento de una sociedad de individuos libres. Nos parece que sólo la existencia de esa esfera privada permite disfrutar de una vida personal digna y desarrollar adecuadamente la autonomía individual"<sup>732</sup>.

Como apuntaba Farinacius el secreto es bifronte: no solamente excluye a otros sujetos de un saber escondido, sino que al mismo tiempo protege ese saber<sup>733</sup> y esa protección de los individuos resulta esencial para que puedan realizarse como personas. Parafraseando a Michael Walzer los muros del secreto permiten edificar espacios de libertad<sup>734</sup>.

Así las cosas, no parece que el secreto sea tan mal asunto desde el punto de vista de los ciudadanos, más bien todo lo contrario, si sólo existiese la vida pública de las personas, si no tuviesen vida privada, sólo se manifestaría un aspecto de éstas, el aspecto controlado, sería una vida empobrecida, muy poco humana y muy del gusto de las dictaduras<sup>735</sup>.

---

<sup>731</sup> Citado por De Lucas, Javier, *op. cit.*, pág. 24.

<sup>732</sup> Del Aguila, Rafael; *op. cit.*; pág. 298.

<sup>733</sup> De Lucas, Javier; *op. cit.*

<sup>734</sup> El secreto protege a los ciudadanos no sólo frente a la divulgación sino también frente al conocimiento. Lucas Murillo, Pablo; El derecho a la autodeterminación informativa; Madrid, 1990, pág. 83.

<sup>735</sup> Un planteamiento semejante supondría "sacrificar al individuo y reducirlo a una partícula de polvo", a este tipo de vida aspiraban Goebbels y Hitler. *Cfr.* Fromm, Erich; *op. cit.*, págs. 224 y 225.

### 3.2. El secreto y el Estado

“El Estado necesita del secreto porque en su autoconciencia anida una fuerza suprema que constituye su lenguaje interior y que a lo largo de la Historia estatal se ha denominado Razón de Estado. Se trata de un lenguaje de poder. Esa fuerza suprema que se cobija en la entraña del Estado le lleva en ocasiones a actuar más allá de la Moral y del Derecho, porque la ley básica que preside la lógica estatal consiste en la adquisición, conservación y extensión del poder político, incondicionadamente, como señalara Friedrich Meinecke”<sup>736</sup>.

El problema es que el Estado puede ser tan grande que en vez de proteger al individuo lo ahogue<sup>737</sup>. Sin embargo, aceptando que eso pueda suceder en ausencia de los debidos controles, el Estado, incluido el Estado de Derecho, necesita del secreto en su labor cotidiana. Francisco Guicciardini, embajador florentino ante los Reyes Católicos, señalaba cuánto ayuda a quien “desempeña un cargo público que sus asuntos sean secretos...”<sup>738</sup>, y es que no es posible el normal desempeño de la actividad del estado sin que haya asuntos que deban escapar al conocimiento de todos los ciudadanos, “quien dice gobierno dice secretos de gobierno”<sup>739</sup>, donde hay política existen secretos, porque la política es estrategia y la estrategia es hermana de la prudencia y la prudencia lleva al secreto.

---

<sup>736</sup> Fraguas, Rafael; *op. cit.*, pág. 66.

<sup>737</sup> Una concepción expansiva del secreto de Estado (o no bien perfilada en sus elementos objetivo y subjetivo) puede llevar a que todo sea secreto, especialmente si roza, siquiera tangencialmente, con la actividad propia de los servicios de inteligencia. “*La prassi seguita in passato e posta all’attenzione dell’autorità giudiziaria aveva reso evidenti numerose situazioni in cui tutte la attività dei Servizi segreti erano ritenute integranti il segreto di Stato: anche quelle che, essendo di carattere amministrativo, dovevano considerarsi sottoposte al normale controllo di legittimità*”. Flamini, Gianni y Nunziata, Claudio; *op. cit.*, pág. 140.

<sup>738</sup> Citado por Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, pág. 21.

<sup>739</sup> Del Aguila, Rafael; *La Senda...*; *op. cit.*, pág. 303.

Ahora bien, dicho lo anterior conviene precisar aún más y seguir aquí el consejo de Marco Aurelio: simplicidad, primeros principios. El secreto es un medio para que el Estado –aunque sea indirectamente- defienda la libertad individual de las personas porque ésta y no otra es la razón de ser del Estado. Al garantizar la libertad de las personas, implícitamente, se les garantiza seguridad. El secreto es un medio, no un fin en sí mismo.

De igual suerte el Estado no existe porque sí, no es un mineral, una piedra, es una institución que existe *para*, que ofrece una explicación teleológica. Es bueno que el Estado trate de perpetuar su existencia, de evitar que sea destruido, *porque mediante el Estado puede garantizarse mejor la libertad de los individuos.*

Es por ese motivo que los ciudadanos ceden alguna parte de su libertad para garantizar la mayoría de ella. Puesto que es imposible que cada individuo goce de una libertad total, se trata ahora de ceder lo menos posible para conservar gran parte de ella.

Escribe John Locke: "Si el hombre es tan libre en el estado de Naturaleza... ¿por qué... se sujetará... al control de cualquier otro poder? A lo que es obvio responder que aunque en el estado de naturaleza tenga tal derecho, sin embargo, su goce es muy incierto y está constantemente expuesto a la invasión de los otros; porque siendo todos los hombres tan reyes como él, y cada uno su igual, y no observando la mayor parte estrictamente la justicia y la equidad, el goce de la propiedad que tiene en ese estado es muy inseguro, muy intranquilo"<sup>740</sup>.

---

<sup>740</sup> Sánchez Agesta, Luis; *Documentos...*; op. cit., pág. 372.

Al igual que ocurre en el budismo ortodoxo, el hombre se ve obligado a elegir entre el pequeño y el gran camino<sup>741</sup>, y ante la imposibilidad de que todos puedan optar por el grande se elige el pequeño —el Estado— por donde no cabe todo el caudal de la libertad pero sí gran parte de ella. Naturalmente, los hombres se ven obligados a mantener expedito el camino si quieren que la libertad siga fluyendo, y eso exige esfuerzo, dedicación y... secreto. Convendrá así que algunos asuntos sean lo menos conocidos posible en beneficio del estado del camino y del camino del estado.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que en la historia, como en las matemáticas, menos por menos más. La evolución de la libertad en Europa muestra que un poco menos de la libertad de todos hace que todos sean mucho más libres<sup>742</sup>.

### **3.3. El fundamento del secreto de Estado**

En la actualidad “parece comúnmente aceptado que el Estado democrático se dote de instrumentos adecuados para garantizar su supervivencia y estabilidad, razón por la cual ningún recelo debería suscitar la existencia de un instrumento como el secreto de estado. Sin embargo el «temor del príncipe», que es el origen de dicho establecimiento, puede convertirse en un «temor al

---

<sup>741</sup> Que fue la opción del señor medieval (como lo fue, asimismo, de los pueblos germánicos que no concebían que el titular de un derecho no fuese capaz de defenderlo, si no podía defenderlo por sí mismo, es que no lo tenía): “El señor medieval... no conocía previamente un Estado. Poseía derechos desde su nacimiento o los ganaba con su puño... Era el derecho adscrito a la persona, el privilegio. La vida pública era, en rigor, vida privada... El derecho señorial lleva en su raíz misma la guerra... No se malentienda esto suponiendo que para el señor medieval el derecho es la fuerza... Aquellos hombres sentían hasta la hipersensibilidad las cuestiones jurídicas. El perfecto “hombre de pro”, en el ideal de la época, había de ser quisquilloso en todo lo que afectase a los derechos. La torpeza con que se han tocado en España los temas medievales... ha sido causa de que en la figura del Cid, prototipo del noble, no aparezca subrayado su carácter de jurisperito. Y, sin embargo, eso es lo que significa “Campeador”. No, pues, batallador, sino entendido en derecho...”. Ortega y Gasset, José; *El espectador*; *op. cit.* pág. 114.

<sup>742</sup> “Lo característico, creo, de esta evolución europea es haberse hecho problema del poder... No se ha resuelto a la perfección, por ejemplo, el conflicto entre razón de Estado y legalidad *limpia*, al menos que yo sepa, en ninguno de los países que más pueda presumir de próximo a la perfección”. García Añoveros, Jaime; “Europa y la libertad”, “Claves de Razón Práctica”, nº 61, pág. 71.

príncipe», cuando el instrumento creado, por su naturaleza, escapa a los medios ordinarios de acceso, por parte de los ciudadanos, a los instrumentos del poder. Esta paradoja, que no es un caso aislado en el mundo del Derecho, donde es frecuente la existencia de colisión de normas, colisión de derechos, colisión de deberes y situaciones de estado de necesidad, que suelen solucionarse mediante la utilización de principios como los de especialidad, subsidiariedad, ponderación y análisis de los bienes en juego, debe resolverse en el sentido de convertir este «temor al príncipe» en confianza y aceptación”<sup>743</sup>.

El fundamento de los secretos de Estado “ha radicado, en todo tiempo y lugar, en la necesidad de proteger la existencia misma del Estado y aunque es cierto que de la Constitución se desprende un principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos: art. 9 (publicidad de las normas), art. 20 (derecho a la información), art. 24 (derecho a un juicio público; exclusión del deber de declarar sobre hechos delictivos por razón de secreto profesional), art. 76 (comisiones parlamentarias de investigación), art. 80 (publicidad de las sesiones plenarias del Congreso y el Senado) y art. 120 (publicidad de las actuaciones judiciales), también lo es que la propia Constitución limita el libre acceso por los ciudadanos a las informaciones en poder de las administraciones públicas cuando afecte a la seguridad y defensa del Estado, así como cuando afecte a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas (art. 105.b de la Constitución)”<sup>744</sup>.

---

<sup>743</sup> Álvarez Conde, Enrique; “El temor...” *op. cit.*

<sup>744</sup> Álvarez Conde, Enrique; La necesidad..., *op. cit.*



### **3.4. La legitimidad constitucional del secreto de Estado**

La cuestión no es ociosa porque en la historia del pensamiento occidental hay una amplia tradición en contra de los secretos de estado y a favor de su abolición.

#### **3.4.1. Posiciones en contra**

Francis Bacon es el primero que considera sinónimos información (conocimiento) y poder. Si la información es poder (y viceversa) y no un mero coadyuvante como se había entendido hasta entonces, si esto es así, la relevancia de la publicidad adquiere una nueva dimensión<sup>745</sup> de la que posteriormente se hace eco Kant para quien son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otras personas cuyos principios no soportan ser publicados, *ergo* el secreto es una patología a erradicar del Derecho Constitucional. Para esta corriente “el Estado debe someterse al derecho, el derecho ser resultado de la deliberación y la deliberación debe ser producto del uso público de la razón. La publicidad se convierte de esta manera en la piedra angular de la legitimidad de cualquier asociación política”<sup>746</sup>.

En apoyo de esta posición – lo que Del Aguila llama “la posición impecable”- es fácil encontrar voluntarios, la publicidad y la transparencia han demostrado ser excelentes banderines de enganche, así es posible acudir a Rousseau, Condorcet, Bentham, John Stuart Mill, Spinoza (el secreto “quita el

---

<sup>745</sup> Bacon, Francis; El avance del saber; Madrid, 1988, págs. 70 y 71, citado por Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>746</sup> Del Aguila, Rafael; La senda..., *op. cit.* pág. 311. *Ad abundantiam*, Habermas, Jürgen; *op. cit.*, págs. 136 y ss.

juicio a los demás”) o, más modernamente y con matices, Norberto Bobbio y su teoría del poder invisible<sup>747</sup>.

Otra posición absolutamente contraria a los secretos de Estado es la de Nietzsche. Desde su punto de vista no hay Estado que merezca ser defendido pues nada bueno reporta a los hombres y no cuida sino de su propia existencia<sup>748</sup>. En parecida trinchera intelectual se podría situar a Max Weber cuando habla de una burocracia que se alimenta a sí misma<sup>749</sup> y cuyos secretos el Parlamento debe desentrañar<sup>750</sup>.

### **3.4.2. Posiciones a favor**

Se excluyen aquí las posiciones “implacables” –Del Aguila *dixit*– que se muestran partidarias del secreto de Estado a pesar de la legalidad o contra la legalidad.

Se revisan únicamente aquellas que aspiran a conciliar el secreto y el estado de derecho pues la hipótesis de esta tesis doctoral es la adecuación constitucional de los servicios de inteligencia.

Entre estas posiciones conciliadoras de la publicidad y la seguridad se encuentra la de Martin Kriele<sup>751</sup> que dice que hay razones que abonan el

---

<sup>747</sup> Que habla de la “falsa visibilidad” del poder, y señala “como uno de los errores capitales del pasado el haber infravalorado el poder oculto. “Hemos fingido no verlo -indicaba Bobbio-, como si con la democracia hubiera llegado la transparencia plena y el control automático (...). Hemos sido incapaces de prever la difusión transversal del poder oculto y sus conexiones con la criminalidad”. *“La Repubblica”*, 17 de octubre de 1996, entrevista citada por Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento judicial...*, op. cit.. Sin embargo, hay que matizar porque el mismo Bobbio defiende la existencia de los secretos de Estado “en determinados casos expresamente previstos y regulados en los que la reserva beneficia a los ciudadanos o tutela intereses legítimos del Estado”. Bobbio, Norberto; “El futuro de la democracia”, *“Revista de las Cortes Generales”*, nº 2, págs. 9 y ss.

<sup>748</sup> Nietzsche, Friedrich; *Así hablaba Zaratustra*; Madrid, 1978, pág. 82.

<sup>749</sup> El burócrata descubre que, en general, sus posibilidades de ascenso, poder, influencia y retribución aumentan si la burocracia se expande. En consecuencia, al servicio de la maximización de la dimensión del presupuesto se dirige la actividad de la burocracia. Esto puede corregirse, en la formulación de Niskanen, incrementando la competencia de los departamentos.

<sup>750</sup> Weber, Max; *Economía y sociedad*; México, 1979, págs. 1099 a 1102, citado por Ruiz Miguel, Carlos; op. cit., pág. 23.

<sup>751</sup> “No existe una publicidad, sino una amplia escala de formas de publicidad”. Ruiz Miguel, Carlos; op. cit., pág. 24.

secreto de Estado y que no respetarlas “lejos de probar una mentalidad democrática, significan violación de las reglas convencionales democráticas”<sup>752</sup>.

En el mismo sentido Carlos Ruiz Miguel cree que sólo sería posible suprimir los secretos oficiales si todos los particulares y todos los Estados lo hiciesen al mismo tiempo puesto que la finalidad del Estado es el mantenimiento de la libertad individual de los ciudadanos proporcionando una cierta seguridad.

Es imposible cumplir con la finalidad básica del Estado –esa cierta seguridad- si *todas* sus actividades son conocidas por amigos y enemigos<sup>753</sup>.

Otro tanto cabe decir de Rafael del Aguila (cuyo intento de conciliación de la publicidad y la seguridad en el marco del estado de derecho fue expuesta anteriormente en un epígrafe dedicado a “la razón cívica”<sup>754</sup>) o de Revenga Sánchez, para el cual “el secreto de Estado sólo es tolerable cuando se presenta en términos rigurosamente excepcionales y vinculados a la defensa de un manifiesto interés público... Que... exige un acabado régimen legal sobre el secreto, así como un concienzudo sistema de control...”<sup>755</sup>.

#### **4. Consideración jurídica del secreto de Estado**

Las apreciaciones de carácter filosófico-político que hasta aquí se han hecho sirven a la par de cimiento y de arbotantes de la construcción jurídica del secreto de Estado.

<sup>752</sup> Kriele, Martin; Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos constitucionales de la legitimidad del estado constitucional democrático; Buenos Aires, 1980, pág. 266 citado por Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, pág. 24.

<sup>753</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, págs. 24 a 26.

<sup>754</sup> Cfr. Del Aguila, Rafael; “Razón de Estado...”, *op. cit.*, págs. 10 a 21.

<sup>755</sup> Revenga Sánchez, Miguel; Razonamiento judicial..., *op. cit.*

Cimiento, por cuanto sin ellas el esfuerzo se tornaría vano tratando de construir en el vacío<sup>756</sup>; arbotantes, porque como las catedrales góticas medievales la altura del poder y del viento amenazan con abrir grietas en el ábside del estado de derecho.

#### 4.1. El concepto técnico-jurídico de secreto

Ciertamente, como señala Gómez Reino, ha sido la doctrina penal la que ha creado y perfilado el concepto técnico-jurídico de secreto con su variedad de interpretaciones. Siguiendo a Alvarez Conde hay que distinguir tres concepciones principales acerca de qué sea el secreto.

La concepción subjetiva o *Willenstheorie*, “atiende al criterio de la voluntad”<sup>757</sup>, *id est*, quien posee la cosa decide declararla secreta. La concepción objetiva o *Interessentheorie*, atiende al criterio del interés; por su propia naturaleza, *per se*, o por apreciación general la cosa es objetivamente secreta.

Asimismo, se puede apreciar la existencia de concepciones mixtas, como la adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de octubre de 1967, donde señala que «la cosa puede ser secreta *per se*, por su misma naturaleza o por la voluntad de quien la posee».

Citando a Gómez Segade indica Alvarez Conde que “la estructura del secreto se compone de dos elementos: el conocimiento y el objeto sobre el que recae ese conocimiento. Este, a su vez, ha de cumplir tres requisitos: que no

---

<sup>756</sup> La civilización occidental es deudora de la filosofía griega y alemana que han alentado los ordenamientos jurídicos europeos. Tales ordenamientos reposan sobre la idea de complitud y padecen *horror vacui*. Todo debe estar regulado, una idea lleva a su corolario y la lógica aristotélica sigue siendo válida, o una cosa o su contrario. En cambio, los grandes sistemas filosóficos orientales –la escuela Madhyamika, por ejemplo– no temen al vacío, no construyen conceptos, los destruyen, y cuando no queda ninguno sienten el vacío –*shunyata*– como una liberación. Cfr. Cioran, Emil; *Conversaciones*; Barcelona, 1996, págs. 54 a 57.

<sup>757</sup> Alvarez Conde, Enrique; “El temor...” *op. cit.*

esté divulgado, que haya una voluntad de ocultarlo y que exista un interés. Por su parte, el objeto del secreto puede ser un hecho, un objeto, una idea, producto o conocimiento”.

#### **4.2. El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico español**

Se distinguirá a continuación entre la Constitución española de 1978 y la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento (Decreto 242/1969, de 20 de febrero)<sup>758</sup>.

##### **4.2.1. Publicidad y secreto en la Constitución española de 1978**

Luis María Díez-Picazo Giménez aborda la cuestión en un estudio empírico presentado con motivo de unas jornadas sobre el "Acceso judicial a datos de carácter reservado". Dentro de ese estudio enumera los artículos que, según la Constitución están relacionados, bien con el secreto, bien con la publicidad o con ambos al mismo tiempo.

Los artículos de la Constitución que asocia con la publicidad son los siguientes: “Art. 9: Publicidad de las normas. Art. 20: Libertad de información. Art. 22: Prohibición de asociaciones secretas. Art. 24: Derecho a un juicio público. Art. 39: Investigación de la paternidad. Art. 51: Información a los consumidores. Art. 76: Comisiones parlamentarias de investigación. Art. 80: Publicidad de las sesiones plenarias del Congreso y el Senado. Art. 91: Publicación de las leyes. Art. 94: Información a las Cortes sobre tratados cuya conclusión no requiere su autorización. Art. 95: Publicación de los tratados. Art.

---

<sup>758</sup> “En España, la norma vigente en materia de secretos de Estado es la Ley 9/1968 de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978. Las fechas son indicativas del momento en que se gestaron y de la conveniencia de su sustitución por normas plenamente constitucionales”. Couselo González, Pilar; Derecho de la Comunicación (Vol. I, Derecho de la Comunicación Impresa); Madrid, 2001, pág. 187.

105: Acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos. Arts. 109-111: Facultades parlamentarias de información. Art. 120: Publicidad de las actuaciones judiciales. Art. 164: Publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional"<sup>759</sup>.

Los artículos relacionados con el secreto son los siguientes: Art. 16: Derecho a no declarar sobre las propias creencias. Art. 18: Derechos a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la limitación del uso de la informática. Art. 20: Secreto profesional de los informadores. Art. 24: Exclusión del deber de declarar sobre hechos delictivos por razón de secreto profesional. Art. 68: Voto secreto en las elecciones al Congreso. Art. 69: Voto secreto en las elecciones al Senado. Art. 140: Voto secreto en las elecciones municipales.

Dicho esto, hay que precisar que el autor introduce una importante salvedad: "esta lista no incluye todas las normas constitucionales relevantes en materia de publicidad y secreto; y ello, al menos, por dos razones: primera, porque en ambas columnas hay preceptos que prevén excepciones y que, por tanto, en alguna medida protegen también el valor opuesto "por ejemplo, en el ámbito de la publicidad, los límites a la libertad de información o al acceso a los registros públicos y, en el ámbito del secreto, los límites a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones"; segunda, porque existen normas constitucionales que, sin hacer mención explícita de la alternativa publicidad-secreto, resultan inequívocamente relevantes al respecto. Tal es el caso, destacadamente, de la "libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", proclamada en el art. 38 de la Constitución: a nadie se le escapa

---

<sup>759</sup> Díez-Picazo, Luis María; Publicidad y secreto en la Constitución; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

que el correcto funcionamiento de la empresa y de la economía de mercado requiere instituciones jurídicas que sepan combinar, en dosis adecuadas, transparencia y reserva”<sup>760</sup>.

Del estudio empírico de la Constitución española deduce Díez Picazo tres hipótesis de trabajo: “En primer lugar, si bien es cierto que de la Constitución se desprende un principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos, sus confines no son siempre nítidos y, sobre todo, no es evidente que opere siempre de manera uniforme; es decir probablemente cada poder público (legislativo, ejecutivo, judicial) está constitucionalmente sometido a formas parcialmente distintas de publicidad. En segundo lugar, por lo que se refiere a los particulares y a la sociedad civil, dista de ser claro que de la Constitución emerja un único principio general. Parece, más bien, que aquélla protege el secreto en ciertos ámbitos y la publicidad en otros, sin que quepa descartar que con respecto a algunas cuestiones sea indiferente. En tercer lugar, la libertad de información, que es sin duda elemento clave para reconstruir el diseño constitucional de la publicidad y del secreto, no tiene el mismo alcance ni se topa con idénticos límites según su objeto sea la actuación de los poderes públicos o la de particulares”<sup>761</sup>.

Interesa al objeto del presente estudio, en este capítulo, en particular, la primera de las hipótesis (coincidente con la tesis de Martin Kriele, a saber, que no existe *una* publicidad sino una amplia escala de ella). Según Díez-Picazo sólo existen dos tipos de actuaciones de los poderes públicos en que la

---

<sup>760</sup> Díez-Picazo, Luis María; *Publicidad...*, *op. cit.*

<sup>761</sup> *Ibidem.*

exigencia constitucional de publicidad es absoluta: "la producción de normas jurídicas y el pronunciamiento de sentencias judiciales"<sup>762</sup>.

"Mucho más interesante es la operatividad del principio general de publicidad con respecto al poder ejecutivo, esto es, el Gobierno y las administraciones públicas; y ello, porque aquí la exigencia constitucional de publicidad no sólo no es absoluta, sino que tampoco es directa. A diferencia de lo que sucede con los poderes legislativo y judicial, la Constitución no exige que las actividades ejecutivas se desarrollen normalmente en público. Probablemente, ello tiene que ver con el hecho de que la misión esencial del Gobierno y las administraciones públicas consiste en deliberar y decidir, mas que en debatir: mientras que todo debate, para ser auténtico y fructífero, ha de ser abierto, la toma de decisiones suele necesitar discreción y recogimiento... Ello no significa, sin embargo, que la Constitución excluya las actividades ejecutivas del principio general de publicidad; lo que sería, sin duda, absurdo en un Estado democrático de derecho. Sucede, más bien, que la Constitución prevé que la publicidad opere de manera indirecta; y ello, en sustancia, a través de dos tipos de mecanismos. Por un lado, como no podía ser menos en una forma parlamentaria de gobierno, está la potestad del Parlamento de acceder a cualquier información de relevancia pública... Por otro lado, se halla el derecho de los ciudadanos de acceder a todos los archivos y registros administrativos; derecho que, si bien ha de ser ejercido mediante los procedimientos previstos por la ley, sólo admite limitaciones tendentes a salvaguardar "la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (art. 105 de la Constitución). El grueso de la información en poder

---

<sup>762</sup> Díez-Picazo, Luis María; *Publicidad...*, op. cit.



del Gobierno y de las administraciones públicas, en consecuencia, es sin duda constitucionalmente susceptible de conocimiento público”<sup>763</sup>.

#### **4.2.2. El secreto de Estado en la Ley y el Reglamento de Secretos Oficiales**

El descontento de la doctrina con la legislación existente en materia de secretos oficiales<sup>764</sup> puede constatarse por doquier, sirva como ejemplo la rotunda afirmación de Alvarez Conde: “hoy resulta cada vez más necesario la regulación de esta materia en una nueva Ley de Secretos de Estado”<sup>765</sup>. Sin embargo esta nueva regulación no ha tenido lugar: “Como consecuencia de las circunstancias en que se vio envuelto el último gobierno socialista, parecía una prioridad la elaboración de una nueva Ley de Secretos de Estado que recogiese las aspiraciones sociales –de la opinión pública, de la ciudadanía- y, al menos, que respondiese a pautas democráticas. Cuando el Partido Popular asumió el poder en 1996, el gobierno elaboró dos anteproyectos de ley: uno, en 1996, y otro, en 1997. Ninguno de ellos salió adelante. El argumento de la comodidad –basado en el amplio margen de maniobra que permite la ley en vigor-... sigue siendo válido. Sin olvidar, por supuesto, la ligereza con que los medios de comunicación atacaron una ley que, al parecer, no convenía”<sup>766</sup>. Y sigue sin convenir. Diez años después ni los medios ni los sucesivos gobiernos han mostrado el menor interés en ella.

---

<sup>763</sup> Díez-Picazo, Luis María; *Publicidad...*, *op. cit.*

<sup>764</sup> “Como es sabido la materia en España está regulada básicamente por la Ley 48/78, que modifica la de 5 de abril de 1968 de secretos oficiales, la LECRIM y la Ley 11/95 reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados”. Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>765</sup> Alvarez Conde, Enrique; “El temor...”, *op. cit.*. En el mismo sentido: “Es una Ley muy permisiva en lo que se autoriza a hacer al Gobierno, tal vez no estaría mal elaborar una nueva normativa relativa a los secretos oficiales y acorde con los principios del Estado de Derecho”. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 60.

<sup>766</sup> Ad abundantiam puede consultarse la trilogía de la profesora Cousido: Cousido González, Pilar; *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 187 y 188.

#### 4.2.2.1. Transparencia pública o reserva informativa

Es un hecho constatable que “tanto en 1968 como en 1978, el principio de publicidad resultó consagrado, aunque el Reglamento 242/1969, nunca reformado, estableciese toda suerte de obstáculos a dicha publicidad”<sup>767</sup>.

En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley “comienza con la indicación del legislador de que, sin modificar lo que se había señalado en 1968, existe un principio general en el que se enmarcará toda la actividad administrativa, el de la publicidad”<sup>768</sup>.

Más adelante, el legislador se hace eco de las posibles excepciones<sup>769</sup>: “Mas si la publicidad ha de ser característica de la actuación de los órganos del Estado, es innegable la necesidad de imponer limitaciones, cuando precisamente de esa publicidad puede derivarse perjuicio para la causa pública, la seguridad del mismo Estado o los intereses de la colectividad nacional”<sup>770</sup>. *Ab initio*, el secreto oficial queda vinculado al interés esencial del Estado y a su seguridad<sup>771</sup>.

En los dos Anteproyectos la idea de transparencia se funde y sustituye a la noción de publicidad: “En los textos de 1996 y 1997 se alude, en cambio a la

<sup>767</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., págs. 187 y 188.

<sup>768</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pág. 9. “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 9/1968, de 5 de abril, los Organos del Estado estarán sometidos en el ejercicio de su actividad al principio de publicidad, salvo en las materias que tengan por Ley el carácter de secretas o en aquellas otras que, por su naturaleza, sean expresamente declaradas como clasificadas”. Art. 1 de la Ley de Secretos Oficiales (LSO). “En los textos de 1996 y 1997 se alude, en cambio, a la “transparencia” en la actuación de los poderes públicos en busca de la adhesión social a la política gubernamental y legal”. Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., pág. 188.

<sup>769</sup> “Hay una tendencia doctrinal a sustituir la denominación límites por la de excepciones. Propia y tradicionalmente hablando, los binomios libertad-límite, generalidad-excepción son los que aparecen consagrados. La justificación doctrinal se basa en que en el terreno de los derechos fundamentales toda prudencia es poca, pues si se acepta que es la Autoridad quien concede una libertad, también es la Autoridad quien señala sus límites que serán máximos. En cambio, si una institución es calificada como derecho, sus excepciones serán mínimas: las que se deriven de la propia naturaleza del mismo”. Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pág. 13.

<sup>770</sup> Exposición de Motivos de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de Octubre.

<sup>771</sup> Los “verdaderos” secretos oficiales de que habla la Exposición de Motivos. Si el legislador se refiere a los verdaderos secretos de Estado es que admite que “pueden existir falsos secretos oficiales”, en el supuesto de aquellos documentos que se sustraen del conocimiento de los ciudadanos sin el fundamento de la seguridad y el interés esencial del Estado”. Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pág. 13.

“transparencia” en la actuación de los poderes públicos en busca de la adhesión social a la política gubernamental y legal”<sup>772</sup>.

#### 4.2.2.2. El elemento objetivo

“A los efectos de esta ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”<sup>773</sup>.

En relación con este artículo de la LSO, el Reglamento, en su artículo 2, define qué se entiende por actos, documentos, asuntos...

Respecto de los documentos en particular, pone de relieve Cousido González la disparidad de definiciones existentes en distintos textos legales dentro del ordenamiento jurídico español<sup>774</sup> y la confusión subsiguiente dependiendo del asunto de que se trate, pues no siempre aparecerá claramente la condición “especial” de la ley o reglamento que deba aplicarse al supuesto de hecho considerado.

<sup>772</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., pág. 188.

<sup>773</sup> Art. 2 LSO. “...la regulación efectuada por el artículo 2 de la actual Ley de Secretos Oficiales, modificado en 1978, presenta una extraordinaria amplitud,... Si comparamos esta regulación con la que efectúa, a modo de ejemplo, la ley italiana núm., 801, de 24 de octubre de 1977, las diferencias son evidentes: «Quedan cubiertos por el secreto de estado los actos y los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar un daño a la integridad del Estado democrático, incluso en relación con los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones fundamentales establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto a otros Estados y a las relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa del Estado» (art. 21.1), señalando, asimismo, que «en ningún caso pueden ser objeto de secretos de estado hechos contrarios al orden constitucional» (art. 12.2). También sería conveniente, siguiendo el ejemplo de la experiencia británica tras la ley de 1989, que, según Revenga, significa «un notable esfuerzo de sus redactores por ir más allá de las cláusulas indeterminadas que, por pura inercia, son de costumbre en este campo», especificando en cada una de las materias lo que es dañino para los intereses protegidos, puesto que de nuestra legislación se deduce claramente que no se exige la existencia de un daño, sino que basta un peligro que ni siquiera hay que actualizar, siendo suficiente con que sea abstracto”. Álvarez Conde, Enrique; “El temor...”, op. cit.

<sup>774</sup> Ley sobre Patrimonio Histórico Español, LO de Protección de Datos de Carácter Personal, RD que reglamenta los Archivos Militares... Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., pág. 189.

Alvarez Conde hace la siguiente recomendación, en cuanto al elemento objetivo, para que sea tenida en cuenta en una legislación futura: "hay que evitar, en la medida de lo posible, acudir a conceptos jurídicos indeterminados, produciéndose la determinación del mismo de forma restrictiva y de acuerdo con los postulados de un Estado democrático, debiendo distinguirse claramente entre el riesgo y el daño efectivo de los bienes dignos de protección. A este respecto, resulta imprescindible establecer una lista de materias cerrada, en cuya determinación han de tenerse en cuenta los Tratados Internacionales suscritos, sin la posibilidad de cláusulas residuales, así como unos límites temporales que no resulten abusivos. Todo ello tendente a intentar determinar un concepto objetivo de lo que sean secretos de Estado, sin que pueda admitirse el principio de absoluta discrecionalidad de los órganos competentes, aunque sí una cierta libertad de apreciación"<sup>775</sup>.

#### **4.2.2.3. Categorías de información clasificada**

"Las "materias clasificadas" serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran"<sup>776</sup>. Y aclara el Reglamento: "I. La clasificación de "secreto" se aplicará a todas las materias referidas en el artículo anterior que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional. II. La clasificación de "reservado" se aplicará a los asuntos,

---

<sup>775</sup> Alvarez Conde, Enrique; "El temor...", op. cit.

<sup>776</sup> Art. 3 LSO.

actos, documentos, informaciones, datos y objetos no comprendidos en el apartado anterior por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los referidos intereses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional”<sup>777</sup>.

Es una realidad que no todos los países “tienen la misma forma de clasificar”<sup>778</sup>. En el caso de España se admiten múltiples clasificaciones. Así en el Acuerdo sobre Protección de Información Clasificada entre Israel y España se distingue –por parte española y como correspondencia con las clasificaciones israelíes, *Top Secret (Sodi Beyoter)*, *Secret (Sodi)*, *Confidential (Shamur)*,- entre asuntos clasificados como Secreto, Reservado y Confidencial<sup>779</sup>; en el Acuerdo con Alemania el Reino de España admite cuatro posibles calificaciones: Secreto, Reservado, Confidencial, Difusión Limitada<sup>780</sup>; en el Protocolo Anejo al Acuerdo Hispano-Griego sobre protección de información clasificada, el art. 1 distingue, en el caso español, entre información de carácter secreto, reservado, confidencial, difusión limitada; clasificación que se repite en el art. 1 del Protocolo Anejo sobre protección de información clasificada con Noruega; la OTAN –organización a la que pertenece España- distingue entre alto secreto, secreto, confidencial y

---

<sup>777</sup> Art. 3 RSO.

<sup>778</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 34.

<sup>779</sup> Cláusula 3 del Acuerdo sobre Protección de Información Clasificada entre Israel y España firmado en Madrid el 13 de Febrero de 1995 (BOE 20 de Mayo 1995).

<sup>780</sup> Artículo 8.2 del Acuerdo entre el Reino de España y la República Federal de Alemania relativo al intercambio y salvaguarda recíproca de información clasificada hecho en Madrid el 14 de Octubre de 1996 (Boletín Oficial de las Cortes Generales 22 de Noviembre de 1996).

reservado<sup>781</sup>. Este abanico de clasificaciones genera una incertidumbre legal que no es beneficiosa “desde ningún punto de vista”<sup>782</sup>.

#### **4.2.2.4. El elemento subjetivo**

“La calificación a que se refiere el artículo anterior corresponderá exclusivamente en la esfera de su competencia al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor”<sup>783</sup>. Ahora bien, hay que recordar que “en la práctica la actividad de clasificación ha quedado reducida a un solo órgano puesto que conforme a la Ley Orgánica reguladora de las funciones de la Defensa en la actualidad el ejército dispone tan sólo, en este ámbito, de un tipo de competencia meramente consultiva”<sup>784</sup>.

De otro lado, la referencia de la Ley al Consejo de Ministros es extraordinariamente precisa. “El Gobierno, conceptualmente, es más amplio y pudieran ser relativamente numerosas las autoridades que, no formando parte del Consejo de Ministros, sí lo son del Gobierno. Entre ellas, se encuentra, desde 1977, la figura del secretario, que queda excluida del concepto Consejo

<sup>781</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pág. 34.

<sup>782</sup> *Ibidem*. Los anteproyectos de 1996 y 1997 distinguían entre alto secreto, secreto y confidencial. Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., pág. 189. Además, hay que hacer notar que la clasificación de la LSO no ha sido respetada ni siquiera en momentos de la historia de España que pudieran entenderse más acordes con su espíritu. Por doquiera pueden encontrarse referencias en periódicos o libros a documentos que no respetan tal clasificación (*verbigratia*, la expresión “máximo secreto” utilizada de su puño y letra por el Teniente General De Santiago, cfr. Palacios, Jesús; 23-F: El golpe del CESID; Barcelona, 2001, pág. 68) junto con otras muchas que sí se atienen a ella (Instrucción General 2/81 del Estado Mayor del Ejército clasificada como “secreto”, Cernuda, Pilar, Jáuregui, Fernando y Menéndez, Manuel Angel; 23-F: La conjura de los necios; Madrid, 2001, pág. 340), de ahí la confusión existente. La Oficina Nacional de Seguridad editó un libro que recoge los tratados internacionales sobre protección de la información clasificada suscritos por España con una tirada de mil ejemplares. Los tratados internacionales sobre protección de la información clasificada suscritos por España; Madrid, 2009, *passim*.

<sup>783</sup> Art. 4 LSO.

<sup>784</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pág. 58. En el mismo sentido escribe Álvarez Conde que tal competencia debe entenderse hoy derogada cuya competencia debe entenderse hoy derogada “por lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, pues lo configura como el órgano colegiado de asesoramiento militar, pero no de la defensa nacional, no estando entre sus funciones la de clasificar secretos oficiales y sin que exista una remisión a lo que dispongan otras leyes”. Álvarez Conde, Enrique; “El temor...”, op. cit.

de Ministros”<sup>785</sup>. En cualquier caso, tal potestad se reserva al Poder Ejecutivo aunque algunos autores –Alvarez Conde– son partidarios de la “posible existencia de una «clasificación legislativa», como competencia del Parlamento a través de una ley, tal y como sucede con los gastos o fondos reservados, regulados en el artículo 59.3. de la Ley General Presupuestaria y especificados cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos”<sup>786</sup>.

Es interesante la distinción que hace Alvarez Conde entre calificación y clasificación por la autoridad competente: “La función de clasificación se realiza por medio de una declaración. Por su parte, la calificación es una distinción que se realiza sobre la materia previamente declarada como clasificada. Aunque ambos actos suelen realizarse simultáneamente, la competencia de los órganos legitimados es para calificar, pero no para clasificar, pudiendo interpretarse que el legislador ha querido que sean los mismos órganos los que realicen ambas funciones. Por ello, debe precisarse, a fin de evitar la confusión entre clasificación y calificación, cual es la naturaleza jurídica de ambas funciones, a efectos de su posible control jurisdiccional. Quizás la solución consista en establecer, como sucede en el ordenamiento jurídico sueco, que la calificación de secreto de un documento no alcanza al registro en que éste se encuentre, con lo cual se puede predicar el carácter público de la propia

---

<sup>785</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios a la ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*; Barcelona, 1995, pág. 58.

<sup>786</sup> “Salvo esta única excepción, no somos partidarios de la existencia de una pluralidad de órganos competentes, como sucede en los Estados Unidos, donde, además, está permitida la delegación. Al propio tiempo, es conveniente señalar que no debe primar tanto la voluntad del órgano competente como la apreciación objetiva de las circunstancias que puedan afectar a la seguridad del Estado. Asimismo se debe regular la voluntad, expresa o tácita, de que el secreto deje de serlo, especialmente si desaparece el elemento objetivo. A este respecto, debería tenerse en cuenta la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico sueco, en virtud de la cual el órgano competente, sin necesidad de proceder a una desclasificación, pueda autorizar el conocimiento puntual del documento calificado como secreto, si lo estima así necesario para la defensa de los intereses públicos”. Alvarez Conde, Enrique; “El temor del Príncipe o el temor al Príncipe”, *Revista del Poder Judicial*, nº 45, edición electrónica.

clasificación, permitiendo la posterior impugnación de la misma, ya que la posible denegación de su consulta habrá de ser motivada”<sup>787</sup>.

Sobre este asunto los dos Anteproyectos dan soluciones distintas: “En el Anteproyecto de 1996 se atribuye la facultad de clasificar al Consejo de Ministros y a los ministros competentes (para las categorías de “secreto” o “confidencial”). En el Anteproyecto de 1997 se atribuye al ministro competente por razón de la materia la facultad de catalogar y formalizar los diversos actos afectados por la clasificación. En cambio, se excluye su competencia de clasificar. La facultad de calificar la categoría que corresponde puede ser considerada una forma de delegación parcial”<sup>788</sup>. Ambos Anteproyectos mantienen la línea de no delegación y no transferencia<sup>789</sup> y en ambos casos “se excluye la desconcentración, lo que puede ser una respuesta anticipada a preguntas derivadas del régimen autonómico español”<sup>790</sup>.

#### **4.2.2.5. El procedimiento**

En principio, interesa distinguir entre el acto y el procedimiento porque aquel entra de lleno en el poder de dirección política. En cambio este último es plenamente judicializable<sup>791</sup>, si bien este considerando ha dejado de ser adversativo en el ordenamiento jurídico español ya que “tras la entrada en vigor de la Ley 50/1997, de 27 de Noviembre, del Gobierno, todos los actos del mismo pueden ser recurridos, perdiendo su carácter de actos políticos”<sup>792</sup>.

<sup>787</sup> Álvarez Conde, Enrique; “El temor...”, *op. cit.*

<sup>788</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 190.

<sup>789</sup> Art. 5 LSO. Otra cosa es que la autoridad está también obligada a señalar “quienes pueden tener acceso a las materias clasificadas, de entre el “personal a sus órdenes”, así como bajo qué formalidades y con qué límites”. Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 58.

<sup>790</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 190.

<sup>791</sup> En este sentido puede verse Álvarez Conde, Enrique; “El temor...”, *op. cit.*

<sup>792</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 193.



Sobre el procedimiento dispone la LSO: “La calificación de secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en esta Ley en caso de violación del secreto por parte de los interesados”<sup>793</sup>. Este procedimiento, plenamente controlable, es el que se recoge en la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo<sup>794</sup>.

#### 4.2.2.6. La desclasificación

La falta de previsión expresa de la LSO dio pábulo al “Escándalo de los papeles del CESID” al negarse el Gobierno a su desclasificación<sup>795</sup>. En efecto, en la “Ley de 1978 se atribuye esta competencia a los mismos órganos que se encargan de la clasificación, sin contemplar plazos de duración de la misma”<sup>796</sup>.

Los Anteproyectos abordan la cuestión –como no podía ser de otra manera puesto que fue el *leit motiv* que les impulsó- de forma semejante: “En el Anteproyecto de 1996 se indica que las causas de la desclasificación pueden ser: 1. El transcurso del tiempo. 2. El cumplimiento de una condición. 3. El acuerdo del órgano clasificador. 4. La solicitud de desclasificación de una autoridad judicial, en cuyo caso, para dar efectividad plena al derecho constitucional a la tutela judicial, el órgano requerido –texto de 1996- o Consejo de Ministros –texto de 1997- tendrá que sopesar los intereses generales y los

<sup>793</sup> Art. 14 LSO, reafirmado en casi idénticos términos por el art. 35 del Reglamento.

<sup>794</sup> Cousido González, Pilar; Comentarios..., *op. cit.*, pág. 109.

<sup>795</sup> Lozano, Blanca; *op. cit.*, pág. 18.

<sup>796</sup> Cousido González, Pilar; Derecho..., *op. cit.*, pág. 193.

derechos fundamentales en juego, adoptando un acuerdo de forma motivada. El acuerdo puede incluir la desclasificación parcial"<sup>797</sup>.

En las tres sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 a propósito de los "papeles del CESID"<sup>798</sup> se considera a los actos de clasificación y desclasificación como actos políticos. Con anterioridad, el Consejo de Estado emitió un Dictamen -de 18 de julio de 1996- que diferencia los siguientes modos de expresión de la voluntad del Gobierno: actos de gobierno, actos administrativos y disposiciones generales, aunque establece unos criterios comunes a todos ellos: "Todos los acuerdos del Consejo de Ministros, cualquiera que sea la forma que adopten, ya tengan contenido normativo o no, ya sean de gobierno o administrativos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como toda la actividad de los poderes públicos (art. 9.1 CE) Los actos a través de los cuales el Gobierno ejerce sus funciones están regulados jurídicamente, no son actos exentos o vacíos de derecho"<sup>799</sup>.

De ello deduce el Consejo de Estado que, "cualquiera que sea la naturaleza del acto, siempre existen ciertos elementos reglados, aun cuando el fondo del acto pueda tener un contenido discrecional; en este supuesto, consideran elementos reglados, la competencia que corresponde al Consejo de Ministros, así como la forma expresa y motivada del acuerdo"<sup>800</sup>. Es importante remarcar que *siempre* hay elementos reglados por muy discrecional que sea el acto, lo que a su vez implica que *nunca* faltarán motivos jurídicos que permitan a los

<sup>797</sup> Cossido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., pág. 193.

<sup>798</sup> Casos Oñaederra, Laza y Zabala, y Lucía Urigoitia, tres recursos contencioso-administrativos interpuestos por los familiares de las víctimas invocando el art. 24 de la CE, todos ellos bajo la dirección jurídica del abogado Iñigo Iruin. Lozano, Blanca; op. cit., pág. 172.

<sup>799</sup> Álvarez Conde, Enrique; *La necesidad...*, op. cit.

<sup>800</sup> *Ibidem*.

tribunales de justicia controlar a la administración en contra de lo sostenido por Rafael del Aguila<sup>801</sup>.

Por otro lado, la conclusión jurídica del Consejo de Estado referida a los actos políticos se reflejaría antes de terminar el año en la Ley 50/1997, de 27 de Noviembre, del Gobierno, según la cual todos los actos del mismo pueden ser recurridos, “perdiendo su carácter de actos políticos”<sup>802</sup>.

#### **4.2.3. El control de los secretos de Estado**

Las materias clasificadas, los secretos de Estado, no son incompatibles con el Estado de Derecho. Lo incompatible es que tales materias no estén sujetas a control, lo incompatible es que haya áreas de actuación del poder en que este poder sea irresponsable. La Constitución no precisa una exigencia de publicidad absoluta al poder ejecutivo, en consecuencia, éste puede ejercer parte de su actividad en secreto dentro de la norma general de publicidad.

Fomentar la transparencia es sumamente beneficioso tanto para el estado como para los servicios de inteligencia. El secreto protege y debilita al mismo tiempo a la comunidad de inteligencia, cuanto más secreto más protegida, cuanto más secreto más entregada en brazos del ejecutivo a modo de policía política<sup>803</sup>. Es posible fomentar la transparencia dentro de la comunidad de inteligencia puesto que más del 90% de la información que maneja procede de

---

<sup>801</sup> Del Aguila, Rafael; *La Senda...*, op. cit., págs. 293 a 353.

<sup>802</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit. pág. 193. Si bien parte de la doctrina ya defendía la inconstitucionalidad –con base en el art. 106 CE- de la no justiciabilidad de los actos políticos. Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; op. cit., págs. 532 a 536.

<sup>803</sup> En esta línea se ha expresado la mayoría de la doctrina en la actualidad, Doder, Montero-Gómez, Cubert, o Rafael Martínez. Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *Terrorismo Global*; Madrid, 2006, pág 201.

fuentes abiertas<sup>804</sup>. En cualquier caso, la función de los servicios no es fomentar el secreto sino generar inteligencia.

Sin embargo, una parte de secreto es consustancial a la actividad del estado y de la comunidad de inteligencia y es esta parte secreta la que debe estar sujeta a control si se pretende que el estado de derecho no prescinda de su esencia.

De otro lado, no sólo los secretos del estado deben estar sujetos a control sino que el estado debe asegurar que los ciudadanos puedan estar exentos de controles absolutos en lo que a su vida personal, íntima, secreta, concierne. De alguna manera los ciudadanos han de poder controlar los secretos del estado y de ninguna forma el estado debe poder acceder absolutamente a la intimidad del ciudadano. El ser humano debe ostentar el derecho a mentir frente al estado y el estado debe garantizar tal derecho. Ningún ser humano puede ser cosificado como mineral bajo el microscopio y explorado en su totalidad en el marco de un estado de derecho garante primero de la libertad.

Reconocer el derecho a mentir de los ciudadanos es llevar la dignidad humana y la libertad –Meiklejohn- *tan lejos como sea posible*<sup>805</sup> y esa y no otra es la principal función del estado, creado para garantizar la libertad y los derechos fundamentales de las personas que en él habitan. Por eso es muy importante restringir y controlar el tratamiento automatizado de los datos de localización, se miente con la boca pero no con los pies. Es más grave que se

---

<sup>804</sup> El doctorando conoce estos datos por conversaciones directas con responsables de la comunidad de inteligencia.

<sup>805</sup> Es necesario llevar la libertad tan lejos como sea posible porque la libertad juega un papel central en la arquitectura del estado democrático de derecho. Es inherente a la condición humana. Es el fin político más alto – Lord Acton- y la joya más valiosa entre las guardadas en la caja fuerte constitucional. Muñoz Machado, Santiago; *op. cit.*, pág. 106.

sepa desde donde hablamos que saber qué hablamos. Lo que se habla puede no ser cierto, la localización geográfica no genera ninguna duda.

En el ordenamiento jurídico español los secretos de estado están sujetos a un triple control: el del ejecutivo, el legislativo y el judicial.

#### **4.2.3.1. El control interno**

Según el art. 12 de la LSO el Servicio de Protección de Materias Clasificadas tiene que preocuparse por los sistemas de protección y por su mejora. De la LSO se deduce que son obligaciones del Consejo de Ministros: “otorgar autorizaciones de acceso y circulación, hacer saber la índole de la materia clasificada al autorizado, mantener los sistemas de protección, mejorar dichos sistemas, cumplir la Ley y hacerla cumplir, aplicar las calificaciones correctamente y promover las acciones que procedan”<sup>806</sup>.

El problema se plantea a consecuencia de la diferencia existente entre las facultades de clasificar y los deberes de proteger. “Mientras que sólo el Consejo de Ministros está facultado para clasificar, los diferentes servicios ministeriales de protección de material clasificado, cualquiera que sea el rango que se les otorgue, tienen un amplio abanico de posibilidades en relación con su deber de proteger tales materias”<sup>807</sup>. Esto podría dar pie a las comunidades autónomas para crear sus propios secretos oficiales pero, como bien apunta Cousido González, el art. 149.1.4 de la CE atribuye en exclusiva la competencia sobre defensa al Estado. Además, debe tenerse en cuenta el carácter restrictivo del secreto que sólo puede aplicarse a lo expresamente previsto y en ningún caso hacer una interpretación extensiva o por analogía del

---

<sup>806</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pág. 103.

<sup>807</sup> *Ibidem*.

mismo. Pero ¿pueden las Comunidades Autónomas crear sus propios secretos oficiales para la Defensa del Estatuto? Recuérdese que los Länder alemanes disponen de servicios de inteligencia para la protección de sus respectivas constituciones.

Las Comunidades Autónomas tienen dos dificultades importantes en el camino para conseguir tal logro. De un lado, como apunta Josep María Felip, los estatutos no son normas independientes sino que están subordinados a la constitución, de otro que es el Estado quien ampara (quien defiende) a los estatutos como parte integrante de su ordenamiento jurídico (Art. 147.1 CE)<sup>808</sup>.

El Servicio de Protección de Materias Clasificadas está regulado en el artículo 9 del Reglamento de Secretos Oficiales que dice que debe haber tantos como Ministerios, siendo su responsable un cargo de libre designación<sup>809</sup>. No se conoce aún como se articulará en el Decreto que ha de publicarse sobre Infraestructuras Críticas de Telecomunicaciones –el listado de las cuáles tendrá carácter secreto- la relación entre el responsable ministerial de materias clasificadas y el responsable de infraestructuras críticas de telecomunicaciones (secretas), ni si éstas estarán divididas por áreas ministeriales o se atribuirá la responsabilidad al Centro Criptológico Nacional (CCN-CERT)<sup>810</sup>. “El texto normativo hace referencia continua al Responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas. En los Acuerdos bilaterales se mencionan las autoridades nacionales para la seguridad u Organismos

---

<sup>808</sup> Sobre este particular véase la colaboración del profesor Josep María Felip en Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *op. cit.*, pág. 232.

<sup>809</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios*, *op. cit.*, pág.116.

<sup>810</sup> Conversación del autor de la tesis con el responsable del área de servicios de la Subdirección General de Servicios de la Sociedad de la Información, mantenida el día 22 de octubre de 2008, en el marco de las Jornadas sobre Ciberterrorismo de la Universidad Europea que dirige el profesor Luis de Salvador.

competentes... En la práctica las funciones están atribuidas al CESID...”<sup>811</sup> hoy CNI.

Este Servicio de Protección de Materias Clasificadas tiene una cierta continuidad (bien es verdad que con distinto nombre) en el Anteproyecto de 1996 donde “se mencionaba una Autoridad Nacional de Seguridad que habría de relacionarse con los diferentes servicios del Estado, tendría atribuciones y competencias en materia de secretos oficiales y procedería del Gobierno. Se creaba una Autoridad Delegada, a cuyo cargo estaría el Registro Central de Materias Clasificadas en donde estarían ubicados todos los documentos originales de los acuerdos de clasificación. En la práctica sería un intento de dotar de competencias al Servicio previsto por el Reglamento de 1969. Se preveía un responsable político, miembro del Gobierno, y un ejecutor administrativo que podría corresponderse con el cargo de Director del CESID...

En el texto de 1997 desaparece toda mención a dicha Autoridad”<sup>812</sup>. No obstante la Autoridad Nacional Delegada en cuestiones de Seguridad es el Secretario de Estado, Director del CNI y del CCN, tanto para seguridad física como electrónica<sup>813</sup>.

El control ejecutivo sobre los secretos de estado tal y como está planteado en España hoy es somero y contraproducente. Somero porque está ampliamente extendida la idea de que cuanto menos se divulgue mejor, y contraproducente porque la falta de publicidad hace disminuir los ratios de eficacia de la comunidad de inteligencia. Un servicio debe dar a conocer sus logros tanto como sea posible y debe ocultar lo menos posible. Cuanto más

---

<sup>811</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, op. cit., pg. 119.

<sup>812</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit., pág. 191.

<sup>813</sup> Las Autoridades Delegadas de Seguridad Electrónica son figuras de creación muy reciente. El manager de la OTAN para ciberdefensa Suleyman Anil fue nombrado en febrero de 2008.

aprecien los ciudadanos las bondades de su intervención más eficaz lo considerarán.

#### **4.2.3.2. El control legislativo**

Alvarez Conde considera que el “control parlamentario debe mantenerse en los términos actuales, con la posible incorporación del Senado al mismo, potenciando el control por parte del Defensor del Pueblo, como sucede en otros países, donde el Ombudsman tiene acceso a los secretos oficiales, pero no puede divulgar la información, mediante la reforma del artículo 22 de su Ley Orgánica, pues, según este precepto, si bien puede solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos los clasificados como secretos, se permite que el Consejo de Ministros, mediante una certificación acreditativa del acuerdo, pueda denegarlo, ante lo cual el Defensor del Pueblo únicamente puede ponerlo en conocimiento del Parlamento”<sup>814</sup>.

Sin embargo, el control ejercido en los términos actuales ha dado como resultado múltiples confidencias a los medios de comunicación y fugas de información. Nada hace pensar que la incorporación de senadores fuese a disminuir estos o acabar con estas malas prácticas, todo lo contrario. Tales prácticas generan un círculo vicioso: no cuento nada porque sus señorías lo filtrarán, de esta forma se evita la filtración pero también el control. Es necesario que las personas que disponen indebidamente de información

---

<sup>814</sup> Alvarez Conde, Enrique; “El temor...”, *op. cit.* Sin embargo es dudoso el control real por el poder legislativo con las normas actuales, un ejemplo sobradamente conocido son las “microfichas de Perote”. El Ministro de Defensa Gustavo Suárez Pertierra, “acabó llevándolas a la Cámara, pero en forma de pantomima. Tras imprimir las microfichas... a puerta cerrada, Sus Señorías sólo pudieron ver cuatro o cinco papeles [de 1245 folios]. Algunos diputados de la oposición definieron el acto como “una auténtica tomadura de pelo”. No vieron el más mínimo secreto de Estado”. Perote, Juan Alberto; *Confesiones de Perote*; Barcelona, 1999, pág. 336.



clasificada sean detectadas y procesadas para asegurar un correcto ejercicio del control legislativo.

El acceso de la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de los Diputados a la información clasificada y el destino de los fondos reservados y su control están regulados en la Resolución<sup>815</sup> de la Presidencia del Congreso de 2 de junio de 1992<sup>816</sup> y en la Ley 11/1995, de 11 de mayo, que regula la utilización y Control de los Créditos destinados a Gastos Reservados – complementada con la importante Sentencia 155/2002 de la Audiencia Provincial de Madrid sobre Gastos Reservados<sup>817</sup>–.

El origen del control legislativo de los secretos oficiales se encuentra en la CE, art. 109: “Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”. En consonancia, la reforma de 1978 armoniza la LSO según la solución propuesta por Lorenzo Martín Retortillo<sup>818</sup> que se traduce en el actual art. 10.2 de la LSO: “La declaración de “materias clasificadas” no afectará al Congreso de los Diputados, ni al Senado, que

---

<sup>815</sup> Las resoluciones se dictan por el Presidente al amparo de lo previsto en el artículo 32.2 del Reglamento del Congreso: “Corresponde al Presidente cumplir y hacer cumplir el Reglamento, interpretándolo en los casos de duda y supliéndolos en los de omisión. Cuando en el ejercicio de esta función supletoria se propusiera dictar una resolución de carácter general deberá mediar el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces”.

<sup>816</sup> Que sólo reconoce “la facultad de solicitar información sobre materias clasificadas a los Grupos Parlamentarios que representen, al menos, la cuarta parte de la Cámara, y siempre por conducto del Presidente” (Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 62) y que sustituye a la Resolución de la Presidencia del Congreso de 18 de diciembre de 1986. Sobre esta Resolución dice el TC –STC 118/1998, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 4: “no es una decisión o acto sin valor de ley...es...asimilable a efectos de su impugnación a los Reglamentos parlamentarios y, por ende, a las disposiciones normativas con fuerza de ley, objeto de impugnación plena, directa y completa a través del recurso de inconstitucionalidad”.

<sup>817</sup> En cuyo Fundamento Jurídico 4º puede leerse: “En cuanto al carácter secreto de los llamados “fondos reservados” ha de decirse, en primer lugar, que los fondos como tales no pueden ser secretos. El carácter fungible del dinero hace inidentificable a este por razón de su origen o afectación inicial. Lo que puede ser reservado es el gasto o destino final...”. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio de 2009).

<sup>818</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op cit.*, pág. 62.

tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas”.

El Reglamento del Congreso<sup>819</sup> reconoce “la posibilidad de tener acceso a la información tanto a los parlamentarios individualmente, como a los Grupos Parlamentarios”<sup>820</sup>. La Resolución de la Presidencia del Congreso de 2 de junio de 1992<sup>821</sup> establece que si la materia es calificada de secreta “se facilitará a un diputado de cada grupo parlamentario elegido por el pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos”<sup>822</sup>. Si la materia es clasificada como reservada, “el Gobierno facilitará la información a los portavoces de los Grupos Parlamentarios o a los representantes de los mismos en la Comisión cuando hubiera partido de ésta la iniciativa de la solicitud”<sup>823</sup>.

Así mismo, el Gobierno, excepcional y motivadamente, “puede pedir de la Mesa de la Cámara que cierta información se facilite en exclusiva al Presidente del Congreso o al de la Comisión”<sup>824</sup>.

Sobre la exhibición de documentos la Resolución citada establece que se mostrarán cuando los diputados entiendan que sin su consulta no es posible la comprensión del asunto. Pueden tomar notas, pero no hacer copias ni efectuar reproducciones.

Finalmente reseñar que en los Anteproyectos de 1996 y 1997 “se atribuye al Congreso y al Senado la facultad de acceso reglamentario a cuanta información reclamen en relación con los secretos de Estado. En ambos textos se señalaba que las sesiones de las Cámaras tendrían que ser secretas y que

---

<sup>819</sup> Cuya reforma de 16 de junio de 1994 “refuerza el deber de guardar secreto cuando se trata de materias reservadas o secretas”. *Ibidem*, pág. 63.

<sup>820</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 62.

<sup>821</sup> Que consta de nueve artículos, una disposición derogatoria y una disposición final.

<sup>822</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 63.

<sup>823</sup> Cousido González, Pilar; *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 89.

<sup>824</sup> *Ibidem*.

sus miembros no podrían revelar, ni difundir ni declarar sobre la información conocida”<sup>825</sup>.

#### 4.2.3.3. El control judicial

De entrada, hay que hacer notar que, aunque pudiera pensarse lo contrario, la existencia de un control judicial sobre los secretos oficiales no es pacífica entre la doctrina. Así, Rafael del Aguila cuestiona la idoneidad de afrontar con criterios jurídicos decisiones que son esencialmente políticas. Desde su punto de vista el órgano adecuado de control es el Parlamento pero no el poder judicial<sup>826</sup>. Tal opinión es cuestionable: por extensión, de los litigios sanitarios por mala atención clínica tampoco deberían conocer los jueces sino los directores de los hospitales puesto que son asuntos esencialmente ligados médicos Y no sólo eso. Prescindiendo del control judicial se evita el que, en teoría, es el poder más independiente del ejecutivo y, por consiguiente, el que mayores garantías puede ofrecer al ciudadano.

Elías Díaz propuso en 1996 una comisión de control que, aunque de raíz parlamentaria, integrase a los diferentes poderes del Estado permitiendo, incluso, la participación autonómica, una comisión que se situase en el fiel de una balanza cuyos platillos contendrían los conocidos brocados jurídicos que resumen las dos tendencias que aquí se enfrentan<sup>827</sup>. A esta propuesta se opuso rotundamente José Luis Villacañas defensor del control judicial puro de los secretos de Estado sin ninguna clase de “contubernio” entre poderes. No

<sup>825</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, op. cit. pág. 191.

<sup>826</sup> Del Aguila, Rafael; *La Senda...*, op. cit., págs. 335 a 337, donde se muestra de acuerdo con Carl Schmitt en que “la pretensión última de la legalidad y el Estado de derecho es “despolitizar” el mundo” (*Ad abundantiam*, Schmitt, Carl; *Teoría de la Constitución*; Madrid, 1996, págs. 33 y ss).

<sup>827</sup> Por un lado, *fiat iustitia et pereat mundus*; por otro, *salus populi suprema lex*. Cabe también la posibilidad de cerrar los ojos, es otra opción, y aceptar como hace Elías Canetti que la sociedad puede tolerar casi cualquier cosa siempre que se haga violentamente y en secreto. Canetti, Elías; *Masa y poder*; Barcelona, 1977, pág. 291.

hay que olvidar que en un estado democrático de derecho es precisamente la separación de poderes la que garantiza su independencia.

Ciertamente tiene razón Álvarez Conde cuando señala que la cuestión más problemática “no es otra que el posible control judicial”. El se muestra partidario de “desechar el modelo de control «in camara» norteamericano por resultar de difícil aplicación a nuestro ordenamiento jurídico, pues supondría una vulneración del principio de contradicción. Y es que en el proceso penal rige el principio de publicidad con especial intensidad. En la fase del sumario no hay problemas especiales... En cambio, en el juicio oral las notas capitales son la publicidad y la contradicción. Si se traslada al proceso un secreto de Estado ¿cómo se va a garantizar ese secreto en el seno de un proceso público?... De este modo parece llegarse a un punto insoluble: el deber de guardar el secreto es inconciliable con la comunicación al juez de la información secreta o reservada, pues la comunicación a las partes parece llevar implícitamente la vulneración del secreto, con lesión de los bienes jurídicos protegidos por el mismo, y el no proporcionar o incorporar al proceso estos datos que por el órgano judicial han sido admitidos como pruebas pertinentes, conlleva una auténtica indefensión, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>828</sup>.

El caso GAL puso de relieve en España la ausencia “de una regulación de las relaciones entre el secreto de Estado y la justicia que permita conciliar las exigencias de la protección de la seguridad nacional con los postulados constitucionales”<sup>829</sup>. El corolario de esta imprevisión es que en un proceso que

<sup>828</sup> Álvarez Conde, Enrique; “El temor...” *op. cit.*

<sup>829</sup> Lozano, Blanca; *op. cit.*, pág. 166. “La resolución del problema planteado pasaba por la interpretación de una ley, la de Secretos Oficiales, anterior a la Constitución, interpretación que podía y debía haberse realizado en sede judicial ordinaria y no mediante el recurso al procedimiento de conflictos jurisdiccionales”.

necesite que sean aportadas materias clasificadas la decisión final no está en manos del poder judicial tal como exige el artículo 117.3 de la CE. No se debe olvidar que a los tribunales de justicia corresponde el control de la “legalidad de la actuación administrativa”<sup>830</sup> y se les encomienda la “función primordial de defender los derechos e intereses legítimos que a todos reconoce sin excepción el art. 24. La garantía judicial de esos derechos e intereses es, de conformidad con el artículo 10.1 de nuestra norma suprema, uno de los “derechos inviolables” que son “el fundamento del orden público y de la paz social” por lo que no existe ninguna razón de Estado más poderosa que su plena efectividad. Y los derechos de defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución resultan conculcados cuando se excluye todo control jurisdiccional sobre la decisión clasificatoria del Ejecutivo”<sup>831</sup>.

Hay que hacer referencia aquí a una particular interpretación, a cargo del catedrático Rubio Llorente, de cuál sea la extensión de la protección constitucional del art. 24 CE. Pretende este catedrático que se aplique a las pruebas que sean materias clasificadas “pertinentes para la defensa” pero no a las que son necesarias para el ataque<sup>832</sup>. Sin embargo, esta interpretación es contraria a la que hace el TC que entiende que el art. 24 “no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra sino... también a quienes mediante la querella intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio”<sup>833</sup>.

---

<sup>830</sup> Art. 106.1 de la CE.

<sup>831</sup> Lozano, Blanca; *op. cit.*, pág. 167.

<sup>832</sup> “El País”, 30 de marzo de 1997.

<sup>833</sup> STC 89/1986, de 1 de julio.

Díez-Picazo<sup>834</sup> hace una propuesta de control judicial que, para garantizar el principio contradictorio en el proceso, pretende que haya un órgano jurisdiccional distinto al competente para enjuiciar el caso que sea quien revise el acto de clasificación. Se trataría de una especie de cuestión incidental ante uno o varios órganos judiciales según la naturaleza del procedimiento (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia), implicando ello que cada vez que en el curso de un proceso se invoque la legislación de secretos de estado, habría que detener las actuaciones y remitir la cuestión a dicho órgano, el cual examinaría tanto la regularidad formal del acto de clasificación como que la información es susceptible de ser clasificada, contemplándose también la existencia de un sistema de plazos preclusivos de respuesta del órgano competente al requerimiento judicial. Ello supondría – según Álvarez Conde- una solución “semejante a la realizada en el caso del control parlamentario, impidiendo que todos los titulares del poder judicial fuesen competentes, como no lo son todos los parlamentarios, para ejercer el control judicial sobre las materias clasificadas”.

Un detalle importante que no conviene olvidar es la derogación por la Ley 48/1978, de 7 de Octubre, del artículo 10.2 de la Ley de 1968, de Secretos Oficiales, que decía: “No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley”. Este texto se suprime en el Senado y se cambia por el actual, a instancias de Lorenzo Martín Retortillo (senador entonces), que lo defiende ante el Pleno el 20 de Junio de 1979. En su discurso dice claramente: “Con la modificación que se introduce ahora nada

---

<sup>834</sup> Díez-Picazo, Luis María; “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia de conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995”, “La Ley”, nº 3952 (1996), *passim*.

impedirá que las declaraciones en relación con los secretos oficiales puedan ser enjuiciadas por los Tribunales de lo Contencioso y enervado, por tanto, el actuar incorrecto de la Administración Pública<sup>835</sup>.

Ya se ha visto con anterioridad que los actos discrecionales *siempre* pueden ser controlados, siquiera mínimamente. Pues bien, lo mismo cabe decir respecto de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>836</sup> –que convendría que el legislador utilizase lo menos posible en una materia ya ardua de por sí-. Basta preguntarse con Marco Aurelio y Aristóteles cual sea la esencia del concepto –*ousia*-, aquella parte que escindida de él le vuelve vacío y sin sentido. Por vago y difuso que pueda ser un concepto siempre es posible aprehender parte de su esencia y, por tanto, puede ser controlado<sup>837</sup>.

En conclusión, el art. 106.1 de la CE atribuye a los Tribunales el control “de la potestad reglamentaria y de la legalidad administrativa”, sin excepción alguna, y el art. 24.1 del mismo texto considera fundamental el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, también sin excepciones, “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, de donde se deduce que es inexcusable el control judicial de los secretos de Estado. Queda ahora diseñar un sistema que permita articular los principios de publicidad y contradicción con la naturaleza íntima del secreto. De entre todas las soluciones propuestas la de Díez-Picazo es quizá la que mejor armoniza los tres principios que han de conjugarse, bien claro que en la fórmula química, la publicidad habrá de llegar “tan lejos como sea posible”, en la archiconocida

<sup>835</sup> García de Enterría, Eduardo; *Democracia, Jueces y control de la Administración*; Madrid, 1997, págs. 327 y ss. “Pocas veces podrá demostrarse cual es, tan inequívocamente y para el tema específico de que se trata tanto la *voluntas legislatoris* como la *voluntas legis*”.

<sup>836</sup> Debe distinguirse claramente entre actos discrecionales, una cierta forma de regular la administración, y conceptos jurídicos indeterminados, rasgo de algunas normas que las asocia con la vaguedad. Cfr. Lozano, Blanca; *op. cit.*, págs. 201 y 202.

<sup>837</sup> Lo que lleva a un esfuerzo similar al de Sócrates en los Diálogos platónicos frente a los sofistas.

expresión de Meiklejohn, porque la regla general del estado de derecho es la publicidad y la excepción el secreto.

#### **4.3. El secreto de Estado en el derecho comparado**

Ante materia tan ardua como los secretos de Estado conviene acercarse a las soluciones que han arbitrado otros ordenamientos jurídicos.

##### **4.3.1. Alemania**

“Hasta ahora, el Tribunal Constitucional alemán no se ha pronunciado sobre si el Gobierno federal puede denegar una petición de información alegando secreto de Estado. La doctrina, prácticamente, tampoco se ha ocupado de este tema. Pero, precisamente porque el principio de publicidad es fundamental en el Estado democrático, la doctrina alemana ha desarrollado desde muy temprano excepciones al principio de información; así, la comunicación de secretos puede vincularse a medidas de seguridad que el Parlamento debe cumplir reservando la información para un pequeño grupo de parlamentarios. Como principio fundamental, el Tribunal Constitucional ha establecido que la denegación de información se puede considerar lícita si resulta necesaria para defender un bien colectivo superior”<sup>838</sup>.

De otro lado, jurisdiccionalmente, “la ley de 11 de abril de 1978 autoriza al Gobierno a negarse a dar información sobre ciertos procedimientos cuando ello sea necesario por razones de protección del servicio secreto. Por su parte, la Ley de Funcionarios Federales de 27 de febrero de 1985, en su artículo 61, obliga a los funcionarios a mantener el secreto de las informaciones

---

<sup>838</sup> Lo que casa mal con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la tutela judicial efectiva. Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 67.



clasificadas que conocieran, en el ejercicio de su cargo. Este secreto debe mantenerse incluso frente a los jueces. El deber de secreto sólo puede ser levantado por el superior jerárquico. Por su parte, también la Ley de Procedimiento Penal impide la declaración testifical de funcionarios y la entrega de documentos cuando así lo determina el Ejecutivo por estimar que ello puede afectar a la seguridad del Estado”<sup>839</sup>.

En cuanto al control parlamentario de los secretos de Estado, hay que hacer notar que, respecto del área de Defensa, el art. 45, a, 2) de la Ley Fundamental de Bonn crea la Comisión de Defensa que es quien se ocupa de tal control con “prerrogativas de Comisión investigadora”<sup>840</sup>. Por otra parte, la Ley Fundamental crea la figura del Comisario de Defensa como órgano auxiliar del Bundestag para el control parlamentario de estos asuntos.

#### **4.3.2. Francia**

Según Santolaya Machetti, la regulación de los secretos de Estado en *Francia* procede de una pluralidad de textos entre los que se debe tomar en consideración los siguientes:

La Ley de 17 de Julio de 1978: que regula la libertad de acceso a los documentos administrativos, destinada a establecer la transparencia y publicidad de los documentos en poder de la administración, pero que contiene un complejo artículo 6 en el que se determinan los tipos de documentos que pueden ser denegados, por su capacidad de atentar por ejemplo contra «las deliberaciones del gobierno y de las autoridades responsables relevantes del poder ejecutivo, la defensa nacional y la política exterior, la moneda y el crédito

---

<sup>839</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, pág. 151.

<sup>840</sup> Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 68.

público, la seguridad del Estado y la seguridad pública ... y con carácter general contra los secretos protegidos por la Ley»<sup>841</sup>.

El artículo 10 de la Ordenanza de 4 de febrero de 1959: "que regula el Estatuto de los funcionarios, sometiéndoles a una obligación general de secreto profesional, del que no pueden desligarse sino es con autorización de sus respectivos ministros, obligación que, como veremos más adelante, es oponible frente a un juez"<sup>842</sup>.

El decreto de 12 de mayo de 1981 de «Organización de la protección de los secretos y de las informaciones concernientes a la defensa nacional y la seguridad del Estado», que "tras crear tres categorías distintas de secretos; «muy alto secreto de defensa», «secreto defensa» y «confidencial defensa» establece con carácter categórico, en su artículo 7, que «nadie está cualificado para conocer las informaciones protegidas si no ha recibido autorización previa y si no ha sido reconocido como poseedor de la necesidad de conocerlos para el cumplimiento de su función o de su misión», correspondiendo la autorización al Ministro de Defensa para la primera de la categorías y al Ministro competente en las demás. En relación con esta regulación conviene tener en cuenta dos notas: a) En primer lugar, que se ha admitido de manera aparentemente pacífica que en esa expresión están incluidos tanto el Parlamento como los jueces. b) En segundo lugar, que se ha producido una especie de «secreto sobre el secreto», en la medida en que la Instrucción Interministerial que lo desarrolla ha sido declarada de «difusión restringida» y como tal no ha sido publicada"<sup>843</sup>.

---

<sup>841</sup> Santolaya Machetti, Pablo; "El control..." *op. cit.*

<sup>842</sup> *Ibidem.*

<sup>843</sup> *Ibidem.*

En este contexto cabe preguntarse por las posibilidades e instrumentos de control, reales, de la acción del ejecutivo: "Prácticamente nulas para el Parlamento, ya que a tenor del artículo 7 de las Ordenanzas de 17 de Noviembre de 1958, las Comisiones de investigación y de control tienen impedido el acceso a secretos que se refieran a la defensa nacional, los asuntos exteriores y la seguridad interior o exterior del Estado. Sumamente restringidas para los Organos judiciales... En definitiva, el control de los secretos de Estado en Francia, tanto por el Parlamento como por el Poder judicial dista mucho de poder ser calificado como modélico, como lo han puesto recientemente de manifiesto los casos del *Rainbow Warrior* o del terrorista *Carlos*, asunto este último en el que la decisión del Consejo de Estado contiene una afirmación polémica al declarar que desconoce, y que, probablemente, es bueno que así sea, el procedimiento por el que se ha traído a Carlos a territorio francés, para a continuación dejar sentado que lo importante es que en ese país tiene asegurado un juicio justo"<sup>844</sup>.

#### 4.3.3. Italia

La Ley 801 de 1977 prescribe que están cubiertos por el secreto de Estado (art. 12)<sup>845</sup> «los actos, los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para provocar daño a la integridad del

<sup>844</sup> Santolaya Machetti, Pablo, *op. cit.* "...el gobierno no tiene que proporcionar la información que el Parlamento fije... no existe ninguna norma escrita que obligue al Gobierno a proporcionar toda la información que demande el Parlamento". Pérez Villalobos, M<sup>a</sup> Concepción; *op. cit.*, pág. 74.

<sup>845</sup> El asunto estuvo de actualidad en Italia a comienzos del siglo XXI: "...l'articolo 12 della legge numero 801 del 1977, nel definire concettualmente la nozione di segreto di Stato prescinde dell'a autorità competente circa il carattere segreto di atti o documenti... la natura segreta di un atto, di un documento, di una notizia, ove venga in questione l'applicazione di una fattispecie che a quella nozione si richiami, deve essere accertata dall'a autorità giudiziaria, con riferimento ai parametri indicati dalla legge numero 801 del 1977 e tenendo conto, come utile criterio orientativo, delle direttive numero 2001 del 30 luglio 1985 e numero 4112/1 del 10 gennaio 1986 emanate dal Presidente del Consiglio ai fini di una più analitica individuazione degli atti o documenti coperti da segreto di Stato". Casazione penale, Sezione sesta, sentenza n. 1289 del 2 febbraio 2000. Flamini, Gianni y Nunziata, Claudio; *op. cit.*, pág. 141.

Estado democrático, incluso con relación a los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado en relación a otros Estados y a sus relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa militar del Estado»<sup>846</sup>. En relación con un secreto tan ampliamente concebido, la propia Ley 801 establece que: «los funcionarios... tienen la obligación de abstenerse de declarar y no deberán ser interrogados sobre lo que está protegido por el secreto de Estado. Si la autoridad judicial no considera fundada la declaración realizada por alguna de las personas anteriores en relación con su carácter de secreto, interpelará al Presidente del Consejo que, en el caso de que decida confirmarlo deberá pronunciarse al respecto antes de los 60 días de haber recibido la solicitud. En tal caso no se sigue adelante por el delito contemplado en el artículo 372 del Código Penal y si el conocimiento de lo protegido por el secreto de Estado es esencial, la autoridad competente declarará que no se debe proceder a ninguna acción legal por la existencia de un secreto de Estado»<sup>847</sup>.

Conviene señalar, además, que la Corte (Ordenanza 259/86, de 5 de diciembre) “ha cerrado la única vía constitucionalmente posible para combatir la decisión del Presidente del Consejo; el Conflicto de atribuciones entre Organos constitucionales, al declarar inadmisibile el planteado por un juez Instructor de Florencia contra el Presidente del Consejo ante la oposición del secreto por este último a las pretensiones judiciales de investigar determinadas fuentes de los servicios secretos del Ministerio de Defensa (Sismi), lo que confirma definitivamente que la facultad para oponer el secreto de Estado impidiendo la

---

<sup>846</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>847</sup> *Ibidem.*

continuidad de la acción penal se encuentra en manos del Presidente del Ejecutivo, sin que exista vía alguna que permita su contrastación por los Organos judiciales. Sin embargo la propia Ley 801 prevé un cierto control parlamentario de estas decisiones al establecer en su artículo 16 que en cada ocasión en que el Presidente del Consejo confirme la oposición del secreto de Estado esta obligado a enviar una comunicación motivada a un Comité Parlamentario creado en el artículo 11 de la propia Ley (formado por cuatro Senadores y cuatro Diputados elegidos por los Presidentes de las Cámaras de acuerdo a criterios de proporcionalidad y vinculados por el secreto), y si este Comité la considera infundada, por mayoría absoluta, «se lo hará saber a cada una de las Cámaras para las consecuentes valoraciones políticas». Además, el Gobierno está obligado a enviar semestralmente a este Comité un informe escrito sobre su política en materia de información y seguridad y sobre los resultados obtenidos. Es importante señalar que desde el inicio mismo de sus actividades este Comité ha optado por adoptar un papel activo con relación a las comunicaciones que le envía el Gobierno, sin limitarse en absoluto a transferirlas a los plenos de las respectivas Cámaras<sup>848</sup>.

Finalmente, hay que hacer referencia a una normativa, la Ley de 7 de agosto de 1990, que disciplina el derecho de acceso a los documentos administrativos, y a dos proyectos de Ley. La primera, además de excluir del propio derecho «los documentos protegidos por el secreto de Estado en el sentido del artículo 12 de la Ley 801» afirma además que por Decreto Presidencial se contemplarán «otros casos de exclusión del derecho de acceso con relación a las exigencias de salvaguardia entre otros de a) la seguridad, la

---

<sup>848</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

defensa nacional y las relaciones internacionales, b) la política monetaria y de valores, c) el orden público y la prevención y represión de la criminalidad»<sup>849</sup>.

En cuanto a los proyectos de ley, el primero de ellos *Disegno di legge governativo di riforma 1999, numero 4162*, titulado “*Disciplina del sistema informativo per la sicurezza*”<sup>850</sup> considera necesaria una regulación más completa y puntual que la recogida en la referida ley 801, que no dota al Presidente del Consejo de los instrumentos necesarios para llevar a cabo su labor. En la Exposición de Motivos se habla de la necesidad de abrir las puertas al control judicial de los secretos de Estado y de los servicios secretos.

El segundo proyecto fue una iniciativa popular de artículo único que pretendía abolir los secretos de Estado y permitir la plena justiciabilidad de los delitos de terrorismo, contra el orden constitucional y los “*delitti di strage previsti dagli artt. 285 e 422 del codice penale*”<sup>851</sup>.

#### 4.3.4. Reino Unido

Santolaya Machetti ofrece una visión del control en el Reino Unido desde la “administración” británica y Revenga Sánchez una perspectiva según los tribunales británicos. Como ambas son complementarias se detallan a continuación.

Según Santolaya cuando la Corona es parte en un procedimiento o tiene interés en el mismo, puede “usar su prerrogativa y rechazar la entrega de cualquier documento en el caso de que estime que la entrega es perjudicial

---

<sup>849</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>850</sup> Flamini, Gianni y Nunziata, Claudio; *op. cit.*, págs. 165 y 166.

<sup>851</sup> *Idem*, pág. 167.

para el interés público. El *leading case* al respecto es *Duncam vs Cammell Laird and Co Ltd de 1942*<sup>852</sup>.

El artículo 1 de la Ley de Secretos Oficiales establece de manera objetiva que “comete un delito quien siendo o habiendo sido miembro de un servicio de seguridad o inteligencia «revele, sin estar legalmente autorizado, cualquier información, documento u otro objeto relativo a la seguridad o inteligencia», y ello, sin exigencia de probar lesión alguna de interés nacional, aunque se trate de la divulgación de un comportamiento ilegal e incluso aunque haya sido objeto de una publicación anterior”<sup>853</sup>.

Por su parte, la Ley del Servicio de Seguridad trata de huir de los medios clásicos de control democrático de la actividad de este tipo de servicios, es decir, del Parlamento y del Poder Judicial, “siendo sustituidos por controles internos, partiendo de la óptica de que se trata de un servicio que tiene como función «la protección de la seguridad nacional en particular contra amenazas que provengan del espionaje, terrorismo y sabotaje, de las actividades de agentes de potencias extranjeras y de las acciones que tengan como finalidad derrocar o socavar la democracia parlamentaria a través de medios políticos, económicos o violentos» (art. 1.2) y que en consecuencia no puede abrirse el círculo de personas que tengan acceso a la información sin estar sometidos a los mecanismos de secreto sin riesgo de la propia seguridad nacional. Desde las mismas premisas se rechaza cualquier intervención parlamentaria en la materia, salvo la información, de origen puramente convencional y no legal que recibe el jefe de la oposición directamente del Premier, y se crea una estructura de control alternativa, representada por un Comisario «que ostente o haya

---

<sup>852</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>853</sup> *Ibidem*.

ostentado un cargo judicial», cuya misión es revisar la autorización de operaciones de acuerdo a las prescripciones de la propia ley, y un Tribunal que investigará las quejas acerca del servicio presentadas por cualquier persona afectada, y que puede conceder indemnizaciones. Sin embargo, y este es sin duda el punto clave, el artículo 5.4 de la Ley establece de manera taxativa que no existe ningún derecho a apelar o cuestionar las decisiones de este «tribunal», incluidas las relativas a su jurisdicción, ante el Poder judicial, lo que parece destinado a impedir eficazmente ese control”<sup>854</sup>.

Revenga Sánchez hace un detallado repaso por la historia jurisprudencial británica a propósito de los secretos de Estado. Ya en 1916, *The Zamora Case*, puede leerse: "Aquellos sobre quienes recae la responsabilidad de garantizar la seguridad nacional deben ser los únicos con capacidad para decidir qué es lo que la seguridad demanda. Sería en extremo improcedente que los asuntos de esa índole fueran objeto de prueba ante los tribunales, o se convirtieran en materia de discusión pública”<sup>855</sup>.

En 1964 (*caso Chandler y otros*) la Cámara de los Lores mantuvo la condena de algunos miembros de un Comité pro-desarme nuclear, que habían invadido un aeropuerto militar, calificado como zona de acceso restringido por la Ley de Secretos Oficiales de 1911. Cuáles fueran los objetivos de los activistas, o cuál la medida en que el intento de impedir el despegue de un avión resultaba dañino para los intereses del país, no se tuvo en cuenta. Lo decisivo fue la presencia física de los encausados en una zona prohibida. Según Lord Pearce: "Los asuntos relativos a la política de la defensa son multifacéticos, complicados, confidenciales y absolutamente inapropiados para

---

<sup>854</sup> Santolaya Machetti, Pablo; *op. cit.*

<sup>855</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento judicial...*, *op. cit.*



ser discutidos ante un Tribunal. En dicho ámbito, el interés del Estado no debe tener, a mi juicio, ningún otro significado que aquel que se corresponda con los intereses definidos por los órganos de gobierno y autoridad, es decir, por las decisiones políticas conforme son, y no conforme deberían ser, según la opinión del Tribunal. Todo lo que ponga en peligro tales decisiones resulta, en los propios términos de la ley perjudicial para los intereses del Estado"<sup>856</sup>.

En 1985<sup>857</sup>, se plantea si es ajustado a derecho prohibir la afiliación sindical de los trabajadores del *Government Communications Headquarters* (GCHQ). La prohibición, decidida por el Gobierno en 1984, afectó a más de 4.000 trabajadores, muchos de los cuales estaban afiliados en el momento de la prohibición. Según muestra Revenga, la Cámara de los Lores respalda plenamente el uso del poder de prerrogativa. Lord Fraser of Tullybelton dice así: "La prioridad de las consideraciones de seguridad nacional sobre el deber de ajustarse al procedimiento común en un determinado caso, es algo que cae de lleno en la esfera decisoria del Gobierno; sólo él tiene acceso a la información necesaria a tal objeto, y el procedimiento judicial es el menos indicado para decidir en materia de seguridad nacional"<sup>858</sup>. Y añade Lord Diplock's: "La seguridad nacional es responsabilidad del Ejecutivo... Lo que sea necesario para protegerla es... de la competencia de quien carga con la responsabilidad, y él ha de ser, por tanto, y no los tribunales, quien tenga la última palabra. Se trata de un acto político por excelencia".

---

<sup>856</sup> Chandler y otros, 1964.

<sup>857</sup> *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985.

<sup>858</sup> Revenga Sánchez, Miguel; Razonamiento judicial..., op. cit.

En los años noventa se plantea el caso *Cheblak*<sup>859</sup>, sobre el cual la Cámara de los Lores (Lord Donaldson) sentencia: "...aunque la seguridad nacional y las libertades civiles pueden dar lugar a tensiones cuando confluyen en el mismo ámbito, ambas están situadas en el mismo lado. Pero al aceptar, como resulta obligado, que las necesidades de la seguridad nacional deben desplazar a las libertades civiles, si bien en la menor medida posible, no hacemos más que recordar que en el mantenimiento de la seguridad nacional reside el fundamento de todas nuestras libertades"<sup>860</sup>.

#### **4.3.5. Estados Unidos**

El personal de la comunidad de inteligencia norteamericana está obligado "por un secreto profesional a respetar la confidencialidad de las informaciones que conozca en el ejercicio de su labor"<sup>861</sup>. La jurisprudencia norteamericana ha aceptado además como válida la cláusula de censura sobre futuras publicaciones de los agentes de la comunidad de inteligencia<sup>862</sup>.

El ejecutivo goza de un privilegio para determinar qué "información sobre los procesos internos de toma de decisiones puede transmitirse a los otros poderes del Estado"<sup>863</sup>. Fue invocado por el Presidente Eisenhower en 1957 – para hacer frente a las investigaciones del senador McCarthy- y por el Presidente Nixon, en el caso Watergate.

El profesor Berger se ha mostrado contrario a este privilegio. Entiende que se desnaturalizan las competencias constitucionales atribuidas al

---

<sup>859</sup> Que trata sobre la deportación, por razones de seguridad nacional, de un ciudadano libanés residente en el Reino Unido desde 1975, acusado de conexiones con grupos terroristas. El Secretario del Interior se niega a desclasificar los documentos o hacer públicos los motivos de su decisión.

<sup>860</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *Razonamiento judicial...*, op. cit.

<sup>861</sup> Ruiz Miguel, Carlos; op. cit., pág.103

<sup>862</sup> *United States v. Marchetti* (1972) y *Snepp v. United States* (1980).

<sup>863</sup> Ruiz Miguel, Carlos; op. cit., pág.112.

Parlamento. Si debe controlar la corrupción o ineficiencia del ejecutivo deben dársele los medios para poder realizar tal control<sup>864</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que tal privilegio tiene fundamento en el principio de la división de poderes pero que “no estaba legitimada su invocación cuando sólo se pretende una negativa a facilitar información”<sup>865</sup>. Ahora bien, cuando dicho privilegio se emplea para proteger “secretos militares, diplomáticos o sensibles a la seguridad nacional”<sup>866</sup> su uso está justificado (aunque con una interpretación restrictiva).

Como dice Schlesinger, de Eisenhower a Nixon, “la religión del secreto se santificó y se sostuvo sobre la base de una incuestionable fe popular en la institución presidencial, acompañada de un temor general, igualmente incuestionable, hacia el comunismo”<sup>867</sup>. Señala Revenga, no sin razón, que “la fortaleza del secreto parece depender más de la disposición a aceptarlo como legítimo que de los procedimientos empleados para guardarlo”<sup>868</sup>.

Desde entonces el ordenamiento jurídico norteamericano ha conocido reacciones contra el secreto y la resurrección del mismo cuando se le creía muerto. En palabras de Revenga, “la reacción contra el secreto y su eterno retorno”<sup>869</sup>.

## 5. Conclusión

La razón cívica es la forma que la razón de Estado puede adoptar bajo condiciones democráticas. Los secretos son necesarios pero deben ser

<sup>864</sup> Berger, Raoul; *Executive privilege. A constitutional Myth*; Cambridge (Massachusetts), 1974, pág. 251, citado por Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, págs. 112 y 113.

<sup>865</sup> Ruiz Miguel, Carlos; *op. cit.*, pág. 113.

<sup>866</sup> *United States v. Nixon*, 1974.

<sup>867</sup> Schlesinger, Arthur; *The Imperial Presidency*, Boston, 1973, pág. 341.

<sup>868</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*, *op. cit.*, pág. 92.

<sup>869</sup> *Idem*, págs. 137 a 201.

controlados y, en último término, la sociedad siempre debe tener el “derecho a suicidarse” extrapolándolo del pensamiento de Richard Rorty, “mejor morir que hacer esto o aquello”, mejor que acaben con nuestra libertad los de fuera, si es que tal vez puedan, que no nuestro propio gobierno, con toda certeza, utilizando razones de estado.

En el estado democrático de derecho es obligatorio que haya una expresa previsión legislativa al respecto habida cuenta del carácter excepcional y provisional del secreto. Tal habilitación debe estar claramente tasada y deben delimitarse claramente, objeto, tiempo y depositarios del secreto.

La existencia de una esfera privada protegida de intrusiones del poder o de otros individuos constituye el primer fundamento de una sociedad de individuos libres. Sólo la existencia de esa esfera privada permite disfrutar de una vida personal digna y desarrollar plenamente la idea de libertad. El ciudadano debe poder mentir y la sociedad debe poder suicidarse. Sólo así se garantiza un ejercicio óptimo de la libertad, razón por la cual fue creado el estado. Es por ese motivo que los ciudadanos ceden alguna parte de su libertad para garantizar la mayoría de ella. Puesto que es imposible que cada individuo goce de una libertad total, se trata de ceder lo menos posible para conservar tanto como sea posible.

La Constitución garantiza un régimen de publicidad absoluta en lo referente al poder legislativo y al judicial, no respecto del poder ejecutivo porque entiende que un cierto grado de secreto siempre es necesario. Urge una nueva LSO con o sin el beneplácito de los medios de comunicación que actualice la existente y haga frente a los desafíos de las nuevas tecnologías en materias clasificadas e infraestructuras críticas de telecomunicaciones evitando

conceptos jurídicos indeterminados, una ley que se asiente sobre la base del principio de publicidad, que garantice el control de los secretos por los tres poderes, que explicita con la mayor precisión posible las áreas sujetas al secreto, que aclare sin ningún género de duda quién y cómo califica, clasifica y desclasifica. Debe reforzarse el control por parte del poder ejecutivo y aumentar la transparencia en aras de la eficacia de la propia comunidad de inteligencia. El control legislativo no debe ser abolido u obviado por el hecho de que existan filtraciones sino que los responsables de tales filtraciones han de ser procesados. El art. 106.1 de la CE atribuye a los Tribunales el control “de la potestad reglamentaria y de la legalidad administrativa”, sin excepción alguna, y el art. 24.1 del mismo texto considera fundamental el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, también sin excepciones, “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, de donde se deduce que es inexcusable el control judicial de los secretos de Estado.

Desde el punto de vista del derecho comparado la situación española es de las más avanzadas. Nuestro ordenamiento jurídico facilita el control de los secretos de estado a un nivel similar al que puede darse en Alemania aunque allí aún no ha habido ningún pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. En el otro extremo se encuentra Francia donde las posibilidades de control son prácticamente nulas para el Parlamento, ya que a tenor del artículo 7 de las Ordenanzas de 17 de Noviembre de 1958, las Comisiones de investigación y de control tienen impedido el acceso a secretos que se refieran a la defensa nacional, los asuntos exteriores y la seguridad interior o exterior del Estado y están sumamente restringidas para los órganos judiciales.

En Italia la facultad para oponer el secreto de Estado impidiendo la continuidad de la acción penal se encuentra en manos del Presidente del Ejecutivo, sin que exista vía alguna que permita su contrastación por los jueces. Sin embargo se prevé un cierto control parlamentario de estas decisiones al establecer que en cada ocasión en que el Presidente del Consejo confirme la oposición del secreto de Estado está obligado a enviar una comunicación motivada a un Comité Parlamentario, y si este Comité la considera infundada, por mayoría absoluta, «se lo hará saber a cada una de las Cámaras para las consecuentes valoraciones políticas».

En Gran Bretaña, la Ley del Servicio de Seguridad trata de huir de los medios clásicos de control democrático de la actividad de este tipo de servicios, es decir, del Parlamento y del Poder Judicial, siendo sustituidos por controles internos. Piensan que no puede abrirse el círculo de personas que tengan acceso a la información sin riesgo de la propia seguridad nacional. Se rechaza cualquier intervención parlamentaria en la materia, salvo la información, de origen puramente convencional y no legal que recibe el jefe de la oposición directamente del Premier, y se crea una estructura de control alternativa, representada por un Comisario «que ostente o haya ostentado un cargo judicial», cuya misión es revisar la autorización de operaciones de acuerdo a las prescripciones de la propia ley, y un “Tribunal” que investigará las quejas acerca del servicio presentadas por cualquier persona afectada, y que puede conceder indemnizaciones pero cuyas decisiones no son apelables ante el poder judicial. En Gran Bretaña sólo el ejecutivo controla los secretos de estado.

En Estados Unidos el poder ejecutivo goza de una posición central y de un privilegio para determinar qué información sobre los procesos internos de toma de decisiones puede transmitirse a los otros poderes del Estado. La jurisprudencia ha entendido que tal privilegio puede utilizarse de forma restrictiva cuando se emplea para proteger secretos militares, diplomáticos o sensibles a la seguridad nacional.

En cuanto a la intensidad de los controles sobre el secreto de estado encontramos que en Alemania y España se puede ejercer por los tres poderes (control alto), que en Italia y Estados Unidos el ejecutivo tiene un papel central y permite o no el conocimiento por parte de los otros poderes (control medio) y que en el Reino Unido y Francia el único control posible es por parte de la administración (control bajo).

## **Capítulo V:**

### **El acceso a la información y la potestad informativa del Estado**

Se examina aquí, de un lado, el derecho a la información, el derecho del ciudadano –sujeto universal- a investigar, difundir y recibir información; de otro, la potestad informativa del estado –sujeto organizado-, la necesidad de que el estado proporcione información suficiente para que los ciudadanos puedan acudir a las elecciones con el debido criterio. De un lado, está el derecho de los ciudadanos a conocer y de otro la obligación del Estado de informar<sup>870</sup>.

#### **1. El derecho a la información**

El derecho a la información –recogido en el artículo 20 de la CE- es un derecho fundamental que tiene una doble naturaleza jurídica. De un lado, en su dimensión subjetiva, es un derecho fundamental del individuo; de otro, en su

---

<sup>870</sup> Desantes Guanter, José María; *Apuntes sin editar*, Madrid, 1983.



vertiente institucional, es garantía de una opinión pública libre al influir en el comportamiento electoral de los ciudadanos<sup>871</sup>.

### **1.1. La dimensión subjetiva del derecho a la información**

El derecho a la información tiene naturaleza de derecho fundamental de libertad lo que básicamente significa “ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación”<sup>872</sup>. El legislador constitucional incluyó el derecho a la información en la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE. En tal sección se recogen los derechos fundamentales y libertades públicas que son objeto de un sistema reforzado de garantías (art. 53 CE). Vinculan a todos los poderes públicos y sólo podrán regularse por ley que habrá de respetar su contenido esencial. El contenido esencial<sup>873</sup> de un derecho es el conjunto de facultades o posibilidades de acción que lo definen y caracterizan y que son indispensables para poderlo entender y reconocer. Según el TC el contenido esencial es “tanto aquellas facultades o posibilidades de acción necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo, como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos”<sup>874</sup>. Además, cualquier ciudadano puede recabar su tutela por un procedimiento preferente y sumario o acudir en amparo ante el TC si bien sólo podrán ser alegados ante la

---

<sup>871</sup> Gutiérrez David, María Estrella; *Apuntes sin editar*, Madrid, 2004.

<sup>872</sup> STC 12/1982 de 31 de marzo. En el mismo sentido SSTC 206/1990, de 17 de febrero, 74/1982, de 7 de diciembre, 30/1982, de 1 de junio, etc.

<sup>873</sup> Recuérdese la distinción clásica *doxa/ousía*. Aristóteles hablaba de esencia (*ousía*) cuando suprimido uno o varios elementos el objeto o la idea carecían de valor en sí mismos, pasaban a ser algo distinto, otra cosa.

<sup>874</sup> STC 13/1984, de 3 de febrero.

jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Es decir, se trata de un derecho que goza de las máximas garantías –a las que hay que añadir la prohibición constitucional de la censura previa (20.2 CE) y la prohibición implícita de secuestro administrativo (20.5 CE)- y un derecho vale lo que valen sus garantías.

## **1.2. La dimensión institucional del derecho a la información**

Esta dimensión institucional del derecho a la información es deudora de la jurisprudencia constitucional y muy especialmente de la STC 6/1981, de 16 de marzo que consagra la vinculación entre el art. 20 CE y el concepto de estado democrático de derecho del art. 1 CE.

Sin una comunicación pública libre carecerían de eficacia el resto de los derechos que la Constitución consagra, quedarían sin significado las instituciones democráticas (que son a su vez pilares del estado democrático de derecho) y se falsearía el principio de legitimidad democrática y de soberanía nacional. Siguiendo a Torres del Moral, “soberanía nacional” implica: participación ciudadana, democracia social, pluralismo político, división y control del poder, gobierno de la mayoría y el principio de publicidad.

El pluralismo político y social está indisolublemente vinculado a la existencia de opinión pública libre que garantiza el art 20 CE. Si las elecciones son la más alta expresión de la democracia es porque el ciudadano elige libremente entre las diversas opciones de las que ha tenido posibilidad de informarse, de donde se colige que el derecho a la información es inherente a la democracia.

### **1.3. El contenido del derecho a la información**

Con relación a las facultades del derecho a la información, la doctrina ha diferenciado entre las facultades de investigación, difusión y recepción. Desde el punto de vista constitucional, los arts. 20 1a) y d) sólo reconocen las facultades de difundir y recibir<sup>875</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que el art. 10.2 CE establece que los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (suscrita por España) que dispone en su art. 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado por causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". No cabe pues, ninguna duda, acerca de que el derecho a investigar también forma parte del derecho a la información.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho constitucional, hay que reconocer que han sido pocas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha ido más allá del ordenamiento jurídico español y se ha apoyado en la cláusula de remisión del artículo 10.2 de la Constitución Española "para importar del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales algunos límites implícitos, inexistentes en la enumeración del art. 20.4 CE, e incluso de muy difícil deducción de los restantes bienes jurídicos protegidos en ella"<sup>876</sup>.

---

<sup>875</sup> Escobar de la Serna, Luis; *op. cit.*, pág 371.

<sup>876</sup> Lo que no habla demasiado bien de la actuación del citado tribunal y delata una falta de sintonía. Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio; Libertades de Expresión e Información y Medios de comunicación; Pamplona, 1998, pág. 38.

### **1.3.1. La facultad de difundir**

Difundir es poner la información a disposición de los ciudadanos. Cuando se ejercita tal facultad la información se hace accesible al público. Difundir, divulgar, no sólo es un derecho es también una responsabilidad. En efecto, desde el momento en que la información es publicada se desencadenan las posibles responsabilidades derivadas de ella.

### **1.3.2. La facultad de recibir**

Es la facultad del sujeto universal de recibir o no la información así como de seleccionar a través de qué medio la desea recibir. En tanto en cuanto la pluralidad informativa sea mayor la facultad de recibir será más. A mayor pluralismo informativo más posibilidades de que el ciudadano pueda recibir la información que le interesa desde la óptica que considera más interesante.

### **1.3.3. La facultad de investigar**

Esta facultad comprende el acceso directo a las fuentes de información. El acceso directo a determinadas informaciones de la administración pública es un signo de transparencia informativa.

La consagración constitucional de la facultad de acceder a la información administrativa se encuentra en el art. 105 b): “La ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

#### 1.4. El acceso a los archivos y registros administrativos

Se trata de un derecho que constituye un reflejo importante del principio de transparencia administrativa y que en la España actual puede darse por inexistente: "Obtener información oficial, acceder a archivos públicos o recabar datos de la Administración es, más que un derecho, un calvario. A diferencia de lo que ocurre en casi toda Europa (en Suecia, desde 1766), en España no existe ninguna ley que garantice la transparencia. Nada ni nadie obliga a instituciones, fundaciones o entidades privadas financiadas con dinero público a proporcionar datos a los ciudadanos. El oscurantismo es la única norma que se cumple a rajatabla. Impera la ley del *top secret*"<sup>877</sup>.

La transparencia informativa que el profesor Debbah califica como perteneciente a una tercera generación de derechos del hombre<sup>878</sup>, posee un innegable carácter de medio de control de la actuación administrativa. Eso es así en un doble aspecto: por una parte, el más inmediato, se encuentra vinculado a la posición del interesado en cada concreto procedimiento administrativo, en la medida en que debe reconocerse -como ahora hace el art. 35 de la Ley 30/1992- su derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación del mismo; y, por otra, en el más amplio, relacionado con el derecho de los ciudadanos a estar informados del funcionamiento ordinario y cotidiano de las Administraciones Públicas.

---

<sup>877</sup> "El País", 28 de octubre de 2008.

<sup>878</sup> Asunto que no es pacífico en la doctrina. Aunque hay autores a favor no faltan opiniones -Rivero- que consideran que el concepto de "Derecho del hombre" es muy esencial para que se extienda a nociones demasiado vagas. Para Rivero decir que existe un "derecho a la transparencia" habida cuenta de la diversidad de las formas de la transparencia, y de las modalidades que puede revestir, es un poco "hablar para no decir nada"; la segunda razón es que "los Derechos del Hombre pertenecen, salvo error por mi parte, a la persona humana, a todo ser humano, .../... y la dependencia frente a la Administración me parece muy ligada a un contexto temporal, a cierta forma de civilización, para que se puedan erigir al nivel de los Derechos del Hombre las relaciones del administrado con la Administración". Mestre Delgado, Juan Francisco; El acceso a los registros administrativos: un derecho de la nueva generación; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

Realmente es en esta última acepción en la que debe entenderse el ámbito propio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. El derecho de los interesados en cada concreto procedimiento administrativo a conocer el contenido del expediente, en cualquier momento, deriva de la propia posición procesal que en él ocupa, y que le corresponde en función del criterio de legitimación previsto en el ordenamiento. Notas que no son comunes con el derecho de acceso del que se habla aquí, que posee una trascendencia específica respecto de la propia de los derechos del interesado en el procedimiento.

Sistemáticamente, en fin, la diferencia ha sido acogida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al reconocer en favor de los ciudadanos, por una parte, el derecho "a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos" (art. 35.a), y, por otra, "al acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras Leyes" (art. 35.h).

Su justificación en el orden constitucional español deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa. Es ilustrativo, a estos efectos, recordar que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido así, aunque en relación con la actividad de las Asambleas Legislativas, si bien sus razonamientos son aplicables al ámbito de la Administración.

En la sentencia 136/1989, de 19 de julio, declaró que "la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el

control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: uno, la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados".

Desde la perspectiva de la posición que, en el ordenamiento constitucional español, ocupa la Administración Pública (tal vez con más claridad en el ámbito local, en el que coincide el ejercicio de responsabilidades estrictamente administrativas con el ejercicio de funciones de representación), es posible obtener, sin dificultad, la misma conclusión<sup>879</sup>.

Sainz Moreno puso de manifiesto las dificultades existentes porque por un lado, la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide (arts. 105, 109 y 23 CE), pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente.

Ello significa, para sus autoridades y funcionarios, un doble deber: el deber de informar y el deber de callar. Desde este punto de vista, el derecho de acceso -como expresión del más amplio principio de transparencia- se alinea en la tradición de control de las Administraciones Públicas, para quienes resulta, históricamente, más cómodo actuar sin sujeción a control alguno<sup>880</sup>, sin

---

<sup>879</sup> En un sentido similar se ha pronunciado, por otra parte, el Consejo de Europa, en la Recomendación 854, de 1979, relativa al acceso del público a los documentos gubernamentales y a la libertad de información. En ella la Asamblea Parlamentaria del Consejo juzgó deseable, a salvo de algunas "excepciones inevitables", que "el público tenga acceso a los documentos gubernamentales", debido, entre otros extremos, a que "los contribuyentes, es decir, el público en general, son los que abastecen las arcas del Estado y que, por tanto, deberían tener la posibilidad de saber si los fondos públicos están bien o mal utilizados por los servicios y organismos gubernamentales". En atención a las razones que emplea, recomendó al Comité de Ministros "invitar a los Estados miembros que aún no lo hayan hecho a introducir un sistema de *libertad de información*, es decir, de acceso a los documentos gubernamentales", cifrando este derecho en favor de todas las personas.

<sup>880</sup> "La Administración, cuando regula, tiene miedo de que se le haga trabajar o de que se puedan descubrir sus pequeños secretillos. Muchos funcionarios deberían cambiar de mentalidad; no son guardianes de secretos". Declaraciones del profesor Manuel Sánchez de Diego a "El País" de 28 de octubre de 2008.

que nadie revise su actividad, fuertemente resguardadas bajo el manto del secreto<sup>881</sup>.

#### **1.4.1. El derecho de acceso y sus vinculaciones con otros bienes y derechos constitucionales**

El derecho de acceso, proyecta sus efectos sobre otros derechos que gozan también de protección constitucional:

**a) El art. 23.1 de la Constitución** reconoce el derecho fundamental a "participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal". Como ha dicho el Tribunal Constitucional "se trata del derecho fundamental en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1º y es la forma de ejercitar la soberanía, que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español" (STC 51/1984).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una ya reiterada y unívoca doctrina jurisprudencial, que arranca de la sentencia de 15 de septiembre de 1987, en relación con la participación en los asuntos públicos

---

<sup>881</sup> Gómez-Reino, Enrique; "El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales", "Revista Española de Derecho Administrativo" n.º 8, enero-marzo 1976, págs. 18 y ss., ha señalado que "el secreto es una de las constantes que caracterizan, a través del tiempo, la acción administrativa. Esta regla de oro del Antiguo Régimen, sin duda por estar en la línea de los intereses más primarios de los administradores, ha resistido, incluso, a los principios del nuevo orden revolucionario, y es todavía hoy visible en los textos positivos que regulan el modo de actuar de los entes públicos, a pesar de que, evidentemente, estos *arcana regni* son incompatibles con los principios y necesidades de la llamada democracia directa" (pág. 120). Atendiendo a la habilitación contenida en la Ley de Secretos Oficiales, ha explicado cómo en España se declararon materias clasificadas asuntos como la Conferencia Constitucional de Guinea, los debates sobre el Proyecto de Ley Sindical, los documentos preparatorios de una sesión plenaria del Consejo Nacional del Movimiento, la documentación de la Comisión Especial de las Cortes en el asunto Matesa o las informaciones sobre algunas materias universitarias, entre otras. Más recientemente, da cuenta de fenómenos semejantes en la experiencia norteamericana el Informe de la Comisión Moynihan, designada por el Congreso, sobre protección y reducción de secretos del Gobierno, de 1997. En él se apuesta decididamente por una reducción del número de documentos clasificados (más de tres millones y medio en 1995), que en muchos casos no responden a necesidades reales, sino que se emplea esta técnica como instrumento para encubrir errores o particulares posiciones de responsables públicos.



municipales. Siguiendo las declaraciones de esta sentencia, la de 8 de noviembre de 1988 señaló que "esta participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos entre los que cabe destacar el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto para esa labor de control como para documentarse con vistas a decisiones a adoptar en el futuro". Por ello, negar el acceso a esa información incide directamente en la privación de su derecho y deber del ejercicio del control y fiscalización de los órganos de gobierno municipales y quebranta el art. 23.1 CE, ya que esa falta de información les priva de la participación en los asuntos públicos municipales y de poder actuar en la funciones de control de la actuación municipal, inherentes a su cargo, que les impone un deber: conocimiento de datos que ha de ser previo a la propuesta, discusión y decisión en la reunión del pleno de la Corporación.

**b) Existe también una inequívoca relación con la libertad de información.** El Tribunal Constitucional (STC 12/1982, de 31 de marzo) ha señalado que el art. 20.1 de la Constitución "significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre". Por tanto, no es difícil convenir en que el derecho de acceso puede resultar de particular utilidad como

presupuesto del ejercicio de la libertad indicada, contribuyendo, también por este cauce, a la formación de una opinión pública libre.

**c) Entendido el derecho de acceso a registros y archivos administrativos como un derecho instrumental**, que coadyuva a la formación de una opinión pública libre, al mantenimiento del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es claro que la negativa al ejercicio del mismo puede determinar "una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es distinto al estricto derecho de audiencia"<sup>882</sup>.

Si el derecho a la tutela judicial incorpora el derecho a acceder sin trabas injustificadas a la jurisdicción, y, eventualmente, (si se observan los presupuestos y requisitos procesales de admisibilidad) el de obtener una resolución fundada en derecho, sobre el fondo, es preciso que los jueces -y las partes, a fin de respetar el principio de contradicción- puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la jurisdicción.

En estos casos, es difícilmente discutible, apreciando la normativa vigente, que la Administración pueda negarse a facilitar los documentos que custodia, incluso en el supuesto de que se trate de aquellos de difusión restringida o limitada, porque de ordinario la legislación exime a los jueces de las limitaciones que pudieran establecerse con carácter general. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el art. 41.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, reguladora del Régimen Electoral General, cuando dispone que "queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales

---

<sup>882</sup> Mestre Delgado, Juan Francisco; *op. cit.*

contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial".

Ello no obstante, es posible que existan limitaciones a esta cláusula general de enjuiciamiento, derivadas del mantenimiento rígido del régimen establecido de secreto en relación a determinados documentos, con lo que se produce una peculiar limitación del ámbito efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, justificado en el mantenimiento de otras finalidades dignas de protección. Es posible apreciar este tipo de circunstancias en supuestos como el del secreto comercial o industrial.

En nuestro Derecho, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incorpora una previsión que no conoce parangón en la ordenación de las facultades y competencias de los órganos judiciales. A efectos de permitir una decisión plenamente fundada del asunto que se le someta establece que "el Tribunal dispondrá las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones"<sup>883</sup>. Con lo que el legislador ha estimado conveniente que el Tribunal tenga un conocimiento pleno del supuesto de hecho, intentando garantizar, a la par, el respeto al secreto comercial.

A similares conclusiones puede llegarse tras el análisis de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a quien se le encomienda la competencia para supervisar la actividad de la Administración (art. 1). Para el cumplimiento de las finalidades atribuidas, la Ley Orgánica establece que "no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la

---

<sup>883</sup> Art. 88.2 LOTC.

investigación, sin perjuicio de lo que se dispone en el art. 22 de esta Ley<sup>884</sup>. La remisión al art. 22 no es baladí, porque en este precepto se contiene el régimen de actuación para el supuesto de que sea preciso que el Defensor del Pueblo acceda a archivos o registros en los que se contengan documentos declarados secretos. En tales casos, la Ley ha optado porque prevalezca la finalidad encomendada, abatiendo el régimen propio de los documentos secretos, bien que pretendiendo que se garantice. De esta forma, tiene la posibilidad de inspeccionar tal documentación, salvo en el caso de que el Consejo de Ministros lo deniegue (art. 22.1); en otro caso, "las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos".

Mestre hace hincapié además en "una vertiente añadida, de la que, en mi criterio, no debe prescindirse. Que el ciudadano pueda conocer, sin acudir necesariamente a la Jurisdicción, el contenido de una determinada actuación administrativa, cerciorándose de si resulta correcta en Derecho, puede constituir, además, una eficaz medida preventiva del ejercicio de acciones judiciales. Si la actuación administrativa es, como exige el ordenamiento, ajustada a la legalidad, y satisface las exigencias de la motivación (entre otras, como ha declarado de forma unívoca la jurisprudencia, interna y comunitaria, la de facilitar al ciudadano una explicación razonable acerca de la decisión

---

<sup>884</sup> Art. 20.3 LODP.

adoptada) es eventualmente posible que el interés del ciudadano quede satisfecho con el conocimiento de la actuación en cuestión. Desde otra perspectiva, es fácil comprender que el ejercicio de este derecho puede contribuir a la efectividad de la tutela judicial, cuando, por ejemplo, se encuentre comprometido el principio de igualdad, facilitando al interesado el conocimiento de eventuales términos de comparación”<sup>885</sup>.

#### **1.4.2. El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en el ordenamiento jurídico español interno: estado de la cuestión en la actualidad**

El 28 de septiembre es el día internacional del derecho a saber, “pero la Administración española no parece tener esa fecha en el calendario”<sup>886</sup>. El Gobierno del Presidente Zapatero se ha comprometido a promover una ley, a lo largo de su segundo mandato, que garantice el mayor acceso posible a la información pública<sup>887</sup>. Unos ochenta países en todo el mundo disponen ya de una ley similar, incluidos México o Guatemala, que en esta cuestión están muy por delante de España. En Europa sólo Grecia, Luxemburgo y Chipre carecen de regulación en este asunto como España. Según Access Info el 78% de las solicitudes de información por los ciudadanos españoles son denegadas. Esa nueva ley debiera tener carácter de Ley Orgánica, es decir, debiera estar anclada en el art. 20 CE y no en el 105, debiera gozar de las garantías reforzadas de la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE. Debiera establecer un proceso sencillo, rápido y gratuito, con un lenguaje comprensible

---

<sup>885</sup> Mestre Delgado, Juan Francisco; *op. cit.*

<sup>886</sup> “El País”, 28 de octubre de 2008.

<sup>887</sup> Compromiso efectuado en la clausura de la Sociedad Interamericana de Prensa (agrupa a más de 1300 publicaciones) como respuesta a una petición expresa de ésta.

y una respuesta rápida. La media de los plazos para responder por parte de la administración es de quince días<sup>888</sup> En Suecia –caso extremo- es cuestión de horas, 24 o todo lo mas 48, si hay dificultades y la respuesta va a alargarse (como mucho una semana), el funcionario llama al ciudadano para explicárselo. En el modelo británico hay un organismo independiente que vela por su cumplimiento. Algunos piensan que en España esas funciones podría asumirlas el Defensor del Pueblo o bien una institución similar a la Agencia de Protección de Datos pero hay que recordar el escaso éxito de ambas instituciones respecto de las administraciones públicas<sup>889</sup>.

Aunque en España el principio general es la transparencia y la excepción el secreto es precisamente el secreto el que está regulado y la transparencia la que carece de regulación: “Existen normas (la Ley de Datos, la de Secretos Oficiales, etcétera) que protegen esas excepciones, pero no todavía la que garantice el principio general: la obligación de facilitar el acceso de los ciudadanos a esas informaciones”<sup>890</sup>.

Por el momento y con base en el art. 105 CE, se han producido algunas regulaciones de alcance general. Las más importante son las contenidas, por una parte, en la Ley 7/85, reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>891</sup> y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

---

<sup>888</sup> En España, según Access Info, la media son 38 días (1 de noviembre de 2008).

<sup>889</sup> Por ejemplo: conflicto entre el Ayuntamiento de Cuenca y la Diputación que gestiona y trata los datos del Ayuntamiento, titular de los mismos. Es claro que el titular puede reclamar los datos al gestor cuando lo estime oportuno para gestionarlos el directamente. El asunto está estancado. Las dificultades de la APD respecto de las administraciones públicas le han sido reiteradamente expuestas en diferentes conversaciones del doctorando con inspectores de la misma.

<sup>890</sup> “El País”, editorial del día 27 de octubre de 2008.

<sup>891</sup> Que ha establecido, de forma expresa el derecho de los vecinos “a ser informados, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el art. 105 de la Constitución” -art. 18.1-; y ha añadido, en su art. 69.1, que “las Corporaciones Locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>892</sup>. Más recientemente la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ha incluido, en su art. 3.2.g), entre los principios conforme a los que debe actuar aquélla Administración, los de "objetividad y transparencia de la actuación administrativa".

El reconocimiento expreso del principio de transparencia se ha producido con carácter general prácticamente veinte años después de la vigencia de aquella. La Exposición de Motivos de la Ley 6/1997 refleja en buena medida una justificación de este principio: "el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la Constitución, por la objetividad. Es decir, la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no sólo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos".

Por lo que se refiere a los documentos comprendidos, el art. 37.1 de la Ley 30/1992, afecta a "los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud".

Las modalidades de acceso son tanto el acceso directo a los documentos en cuestión, como la obtención de copias y certificaciones (art. 37.8 de la Ley 30/1992).

---

<sup>892</sup> Que reconoce el derecho en su art. 35 y afronta su regulación general en su art. 37, de forma restrictiva.

La Ley 30/1992 ha ampliado indebidamente las causas de exclusión del derecho de acceso (recuérdese que la regla es la publicidad y la excepción el secreto) más allá de lo que explícitamente indica el art. 105. b) de la Constitución. En su apartado 5 ha añadido los expedientes "que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo", "los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial" y "los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria". Este listado, en todo caso, tampoco es completo, porque existen regulaciones específicas que impiden el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, por ejemplo, a los ficheros policiales, o a los gastos reservados<sup>893</sup>.

Por lo que se refiere a la forma de ejercer el derecho, pueden destacarse, en este sentido, dos aspectos ciertamente singulares: por una parte, la Ley prevé que debe "formularse petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias" (art. 37.7). Lo que el precepto en cuestión posibilita es una suerte de restricción al ejercicio del derecho, dependiendo del criterio que se emplee para rellenar de contenido, en cada caso, el concepto ("petición individualizada") que emplea la Ley.

Por otra parte, la Ley 30/1992 añade que el ejercicio del derecho de acceso "podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución

---

<sup>893</sup> Cfr. Ley 11/95, de 11 de mayo, reguladora de la utilización de fondos reservados.



motivada" (art. 37.4). Parece posible apreciar un criterio restrictivo en la formulación del precepto; en él se mezclan aspectos de diferente textura, que dificultan la comprensión del mandato: se podrá denegar el acceso cuando lo disponga una Ley, debiendo en tal supuesto motivarse la decisión.

Sobre las regulaciones específicas anteriormente reseñadas son de destacar especialmente las referidas al acceso a los archivos y registros policiales y la información judicial.

#### **a) Acceso a los archivos y registros policiales**

Según el art. 37.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto de no pocos documentos obrantes en los archivos y registros policiales. Este artículo excluye del acceso a los expedientes "tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando". No todo acceso queda proscrito, "sino sólo el que pueda perjudicar los bienes jurídicos que el precepto enumera, quedando así precisado legalmente el límite que la Constitución establece en el art. 105, b) con la fórmula, aparentemente más amplia, de la afección a la averiguación de los delitos. Con ello, parece que habrá documentos relacionados con la investigación de los delitos a los que se podrá acceder por no poner en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de la investigación que se esté realizando. Y, también, que no quedan excluidos del acceso los documentos que no guardan relación con la investigación de delitos

concretos que ya se han cometido y que por lo tanto no se integran en un expediente tramitado para investigación alguna”<sup>894</sup>.

Sin embargo, como indica Fernández Ramos, hay que tener en cuenta que pueden existir documentos obrantes en los archivos policiales que no se refieren a una investigación en curso pero cuya difusión podría poner en peligro la seguridad ciudadana. No parece que tal supuesto encaje en el art. 37.5, b) de la Ley. Por tanto “habrá que denegar el acceso cuando prevalezcan razones de interés público e intereses de terceros más dignos de protección; cuando concurran, en suma, razones afectantes a la seguridad ciudadana que justifiquen la negativa al acceso que se pretende a expedientes no tramitados para la investigación de los delitos”<sup>895</sup>.

No se puede dejar de mencionar aquí la llamada “ley de videovigilancia”<sup>896</sup> cuyo art. 9.2 dispone que: “Toda persona interesada podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. No obstante, el ejercicio de estos derechos podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando”.

La cuestión de si pueden acceder terceros a los documentos obrantes en los archivos y registros policiales se suscita a la vista del art. 37.3 de la Ley 30/1992 que se refiere a los “documentos nominativos” a los que podrán

---

<sup>894</sup> Es difícil pensar, no obstante, que, de hecho, se va a poder acceder a documentos que figuren en alguna investigación. Barcelona Llop, Javier; El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

<sup>895</sup> Barcelona Llop, Javier; *op. cit.*

<sup>896</sup> Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto.

acceder, además de los titulares, quienes acrediten un interés legítimo y directo. Sobre el significado del concepto de "documentos nominativos" no existe "acabado consenso, es indudable que el precepto incorpora una restricción subjetiva al derecho de acceso, que quizá pueda ser utilizada para oponer el texto legal a las pretensiones de los periodistas de conocer lo que en los archivos policiales se contiene sobre determinada persona aunque la intimidad de ésta no esté directamente comprometida"<sup>897</sup>.

#### **b) El acceso a la información judicial**

Quienes defienden celosamente el secreto judicial alegan el problema que supone para la justicia la celebración de "juicios paralelos". Desde el punto de vista contrario se creen compatibles información y justicia sin que ninguna de las dos haya de sufrir menoscabo alguno. Al respecto José María Desantes<sup>898</sup> hace las siguientes consideraciones: que toda información que perjudique la administración de justicia ha de ceder ante ésta; que las informaciones que contribuyan a ayudar a la justicia (*exempli gratia*: reuniendo pruebas fácticas) han de ser fomentadas; que los supuestos intermedios son solucionables teniendo claro que en la duda prevalece la administración de justicia; que los medios de información no pueden sustituir con su juicio – paralelo- el juicio del juez, que es el verdaderamente relevante.

En el ordenamiento jurídico español el art. 120.1 CE establece que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que establezcan las leyes de procedimiento. En este sentido el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "contradice aparentemente este principio al declarar que las

---

<sup>897</sup> Barcelona Llop, Javier; *op.cit.*

<sup>898</sup> Desantes Guanter, José María; *La función...*, *op. cit.* pág. 129.

diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la propia Ley”<sup>899</sup>.

El Tribunal Constitucional aclara esta aparente contradicción estableciendo que la regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, ante todo, una excepción a la garantía constitucional del art. 120.1 CE<sup>900</sup>.

Para Escobar de la Serna, la regulación legal del secreto sumarial “no se impone como un límite frente a la libertad de información sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera, incluidas las mismas partes, de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal”<sup>901</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha quedado establecido “que el principio de publicidad de los juicios,... implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social...”<sup>902</sup>.

También deja sentada el Tribunal Constitucional la doble finalidad del principio de publicidad: “Por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”<sup>903</sup>.

---

<sup>899</sup> Escobar de la Serna, Luis; Manual de derecho de la información; Madrid, 1996, pág. 486.

<sup>900</sup> STC 13/1985.

<sup>901</sup> Escobar de la Serna, Luis; *op. cit.*, pág. 487.

<sup>902</sup> STC 30/1982.

<sup>903</sup> STC 96/1987.

### **1.4.3. El principio de transparencia administrativa en el ordenamiento de la Unión Europea**

Puede identificarse la confirmación decidida de este principio en el orden comunitario a partir de la Declaración n.º 17, relativa al derecho de acceso a la información<sup>904</sup>, aneja al Acta Final del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992<sup>905</sup>.

El siguiente paso en la construcción del principio en el ámbito comunitario se produjo a raíz del Consejo Europeo de Edimburgo, celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1992; en las Conclusiones de la Presidencia se formularon medidas específicas al respecto, entre las que se cuentan, en primer lugar, las referidas al acceso a los trabajos del Consejo; en segundo lugar, se regula la "información" sobre el papel del Consejo, que incluye previsiones sobre "transparencia sobre las decisiones del Consejo", incremento de la información general sobre el papel y las actividades del Consejo y "cooperación y agilización de la transmisión del material"<sup>906</sup>; en tercer lugar, se alude a la simplificación y facilitación del acceso a la legislación comunitaria, insistiendo en la necesidad de formularla con mayor claridad y sencillez, y en la necesidad de facilitar una mayor accesibilidad a la misma.

---

<sup>904</sup> La demanda social de transparencia se hace evidente en Europa con motivo de la crisis de la comisión Santer. Cousido González, Pilar y Gutierrez David, Estrella (Coordinadoras); La transparencia en el sector audiovisual; Barcelona, 2008, págs. 21 a 23.

<sup>905</sup> En ella se indica que "la Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración".

<sup>906</sup> Entre las indicaciones que se contienen, se incluyen las referidas a la publicación en el comunicado de prensa de una relación completa de las conclusiones del Consejo, la publicación sistemática de síntesis explicativas de los puntos importantes adoptados, la mejora de la información sobre los antecedentes y contextos de las decisiones del Consejo, la celebración de sesiones de información a la prensa sobre los antecedentes de los asuntos a tratar antes de cada Consejo, la publicación de las posiciones comunes (en los procedimientos de los arts. 189 B y 189 C), la publicación sin retraso del Informe Anual, aumentar las actividades administrativas en general, el uso de nuevas tecnologías de comunicación o la cooperación entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias en el sector informativo.

El 6 de diciembre de 1993 el Consejo y la Comisión aprobaron un "código de conducta, relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión"<sup>907</sup>; previamente, el Parlamento Europeo, en sesión de 17 de noviembre de 1993, DOCE n.º L 329, de 6 de diciembre de 1993, aprobó la Declaración interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad, en la que el Presidente, el Consejo y la Comisión "reafirman su empeño en que las instituciones apliquen la transparencia"; el Consejo declara su decisión de adoptar, entre otras, medidas tendentes a "abrir al público algunos de sus debates, publicar los resultados de las votaciones que en él se celebran y las explicaciones de voto", publicar las posiciones comunes y las exposiciones de motivos que las acompañan, y "dar acceso a sus archivos"; y la Comisión manifiesta que ha adoptado o está en proceso de adoptar medidas, entre otras, referidas a "la creación de un mejor acceso público a los documentos en poder de la Comisión, a partir del 1 de enero de 1994", "la publicación semanal en el Diario Oficial de listas de documentos dedicados a asuntos generales; la ampliación del acceso público a los documentos de carácter sectorial", "la adopción de una nueva política de información y de comunicación, que deberá tener un lugar de más importancia en las actividades de la Comisión; el aumento de la coordinación de las actividades de información en el interior y el exterior de la Comisión" y "la adopción de medidas adicionales para facilitar la comprensión de los trabajos de la Comisión por el gran público, en particular mediante la puesta a disposición de los recursos y equipos necesarios para poder responder adecuadamente a las solicitudes de los medios de comunicación".

---

<sup>907</sup> DOCE n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993.

El Código de Conducta del Consejo y la Comisión establece un principio general: "el público tendrá el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo" (entendiendo, a tales efectos, por documento "todo escrito, sea cual fuere su soporte, que contenga datos existentes y que esté en poder del Consejo o de la Comisión"). Aunque se establece la prohibición de acceso respecto a los documentos "cuya divulgación pueda suponer un perjuicio para: la protección del interés público (seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad monetaria procedimientos judiciales, actividades de inspección e investigación); la protección del individuo y de la intimidad; la protección del secreto en materia comercial e industrial; la protección de los intereses financieros de la Comunidad; la protección de la confidencialidad que haya solicitado la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o que requiera la legislación del Estado miembro que haya proporcionado la información"<sup>908</sup>. Se trata de una restricción demasiado amplia que amenaza con acabar con la regla general desde la excepción en el sentido que se examinó anteriormente respecto de la ley 30/92 en el derecho interno español.

Mediante Decisión 93/731/CEE, de 20 de diciembre<sup>909</sup> "relativa al acceso del público a los documentos del Consejo", éste instrumentó el desarrollo del Código de Conducta. La Comisión se comportó de la misma forma, según resulta de la Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom, de 8 de febrero de 1994<sup>910</sup> "sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión". Ambas decisiones vienen a reiterar el contenido del Código de Conducta. Estas reglas

---

<sup>908</sup> Y añade que las instituciones podrán denegar el acceso al documento "a fin de salvaguardar el interés de las mismas en mantener el secreto de sus deliberaciones".

<sup>909</sup> DOCE n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993.

<sup>910</sup> DOCE n.º L 46, de 18 de febrero de 1994.

fueron recogidas en la Comunicación (94/C67/03) de la Comisión sobre mejora del acceso a los documentos<sup>911</sup>.

Posteriormente, puso de relieve la importancia que en el orden comunitario tiene el acceso de los ciudadanos a los documentos en la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 1994<sup>912</sup> sobre la transparencia en la Comunidad. Anticipó entonces el Parlamento que la transparencia consiste "en primer lugar en el acceso de los ciudadanos a las decisiones de las autoridades de la Unión Europea, a sus trabajos preparatorios o relacionados con ellas y, en general, al conjunto de las documentaciones de que disponen dichas autoridades" aunque destacando "que la transparencia de las distintas instituciones es insuficiente si el conjunto del sistema comunitario permanece opaco para los ciudadanos"<sup>913</sup>. Hoy puede afirmarse que la transparencia es un principio general de Derecho Constitucional Comunitario. El Anexo número 17 del Acta Final del Tratado de la Unión Europea reconoce que la transparencia fortalece la naturaleza democrática de las instituciones y la confianza de los ciudadanos en la administración<sup>914</sup>.

Por su parte, la jurisdicción comunitaria ha sido favorable al derecho de acceso. El primer análisis está efectuado en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de octubre de 1995, John Carvel y Guardian Newspapers/Consejo, en la que se enjuiciaron varios acuerdos del Consejo que, en definitiva, denegaron el acceso a determinados documentos, que habían solicitado los demandantes. Se trataba, en particular, de los

---

<sup>911</sup> DOCE n.º C 67, de 4 de marzo de 1994.

<sup>912</sup> DOCE n.º C 128, de 9 de mayo de 1994.

<sup>913</sup> Según Dyrberg los tres terrenos en los que debería operar la transparencia comunitaria serían la actividad legislativa, la redacción clara y comprensible de los textos y el acceso del público a los documentos institucionales. Cousido González, Pilar y Gutiérrez David, Estrella; *op. cit.* pág. 24.

<sup>914</sup> *Ibidem*.



documentos relativos al Consejo de "Justicia" de 29 y 30 de noviembre de 1993, del de "Agricultura" de 24 y 25 de enero de 1994 y a los informes preparatorios, actas y registro de votos del de "Asuntos Sociales" de 12 de octubre y 23 de noviembre de 1993. El Consejo denegó la petición sosteniendo que era preciso proteger el secreto de sus deliberaciones, ya que "los documentos de que se trata contienen informaciones confidenciales relativas a la postura adoptada por los miembros del Consejo durante sus deliberaciones" (aunque los documentos relativos a "Asuntos Sociales" finalmente fueron entregados, indicando la Comisión en el proceso que fue por un error administrativo)<sup>915</sup>.

El Tribunal estimó el recurso, y anuló las decisiones del Consejo que denegaron el acceso a los documentos; recordó, para ello, que a tenor del art. 4.2 de la Decisión 93/731 (que le atribuye "una facultad de apreciación que le permite denegar, en su caso, una solicitud de acceso a unos documentos relacionados con sus deliberaciones") el Consejo "debe ponderar realmente, por una parte, el interés del ciudadano en obtener un acceso a sus documentos, y, por otra, su posible interés en preservar el secreto de sus deliberaciones". De donde se sigue, además, que "no puede privar a los ciudadanos, absteniéndose de ejercitar la facultad que le confiere el apartado 1 del art. 5 de su Reglamento interno, de los derechos que para éstos derivan del apartado 2 del art. 4 de la Decisión 93/731".

---

<sup>915</sup>Según explicó en sus alegaciones, "trabaja en el marco de un proceso de negociaciones y de compromisos, durante el cual los miembros expresan libremente sus preocupaciones y sus posturas nacionales. Es esencial que estas posturas sigan siendo confidenciales, en especial, si los miembros se ven obligados a dejarlas de lado para que se pueda llegar a un acuerdo, en ocasiones hasta el punto de no seguir las instrucciones que les han sido dadas en el ámbito nacional sobre un determinado aspecto. Este proceso de negociaciones y de compromiso es vital para la adopción de la Legislación comunitaria y se pone en peligro si las delegaciones han de tener en cuenta permanentemente el hecho de que sus posturas, tal y como figuran en las actas del Consejo, pueden hacerse públicas en cualquier momento debido a la posibilidad de acceso a dichos documentos, haya concedido o no el Consejo una autorización al efecto".

Por otra parte, el derecho de acceso fue analizado por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 1997 (WWF UK - World Wide Fund for Nature-/Comisión), en la que se enjuició la decisión de la Comisión de 2 de febrero de 1995, que denegó el acceso a los documentos relativos al examen del proyecto de construcción de un centro de observación de la naturaleza en Mullaghmore (Irlanda) y, en particular, a los documentos relativos a la cuestión de saber si los fondos estructurales podían ser utilizados para financiar aquel proyecto. Las autoridades comunitarias denegaron el acceso a aquellos documentos por entender que estaban excluidos del ámbito de aplicación del derecho en cuestión, en particular por la necesidad de proteger el interés público y el secreto de las deliberaciones de la Comisión. El Tribunal estimó el recurso y anuló la decisión denegatoria; recordó, para ello, que la Decisión 94/1990 es un acto susceptible de conferir a terceros los derechos que la Comisión está obligada a respetar, incluso si recogiese obligaciones que se hubiese impuesto a sí misma, de forma voluntaria, la Comisión en ejercicio de sus competencias de organización interna<sup>916</sup>.

---

<sup>916</sup> El Tribunal señaló que la Decisión 94/1990 constituye la respuesta de la Comisión a las peticiones del Consejo de reflejar a nivel comunitario el derecho de los ciudadanos, reconocido en la mayor parte de las legislaciones de los Estados miembros, de tener acceso a los documentos que se encuentren en manos de las autoridades públicas. Aunque el legislador comunitario no haya adoptado la reglamentación general relativa a este derecho, las instituciones comunitarias están obligadas a adoptar, en virtud de su poder de organización interna, las medidas necesarias para resolver las peticiones de acceso a los documentos de manera que responda a los intereses de una buena administración. "En la Decisión se sienta la regla general del derecho de acceso, y las excepciones que se contemplan deben ser interpretadas de forma restrictiva; en particular, la aplicación de las excepciones no puede hacerse de forma tal que se haga imposible la realización del objetivo de transparencia. Aunque existen, según declara el Tribunal, dos clases distintas de excepciones: la primera tiene un carácter imperativo, y engloba los motivos previstos en el apartado 1 del art. 4 de la Decisión 93/731; cuando concurra alguno de ellos la Comisión está obligada a denegar el acceso a los documentos. En este supuesto, se protegen los intereses de terceros o del público en general, en los casos en que la divulgación de ciertos documentos por la institución afectada pueda causar perjuicios a quienes podrían denegar legítimamente el acceso a los mismos si estuvieran en su posesión. La segunda está delimitada en términos facultativos (la Comisión puede denegar el acceso para asegurar la protección del interés de la institución relativo al secreto de sus deliberaciones), y su aplicación exige, necesariamente, que se ejerza el poder de apreciación balanceando, realmente, el interés del ciudadano por obtener el acceso a los documentos con el interés eventual de la institución en preservar el secreto de sus deliberaciones". Mestre Delgado, Juan Francisco; *op. cit.*

En tanto que principio, la transparencia es considerada como elemento integrante de las tradiciones constitucionales de los países de la Unión Europea en igualdad de condiciones con la democracia. El Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea pone de relieve en el caso KUIJER (2002) que al entender la transparencia como principio su objeto es asegurar una mejor participación de los ciudadanos en el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración frente a los ciudadanos<sup>917</sup>.

Este es el panorama actual pero ¿qué habría sucedido si la Constitución Europea hubiese llegado a entrar en vigor? La que habría sido la Constitución Europea hubiera obligado a los órganos y a la normativa comunitaria a promover una gestión abierta. En particular, los órganos comunitarios hubiesen debido imponer la transparencia en la gestión y el acceso a los documentos públicos. Hubiese existido una obligación explícita de transparencia legislativa para el Parlamento y el Consejo y una obligación de transparencia administrativa para el Banco Central, el Banco Europeo de Inversiones y el Tribunal de Luxemburgo<sup>918</sup>.

### **1.5. El acceso a los archivos de los servicios de inteligencia**

En lo que respecta a los servicios de inteligencia es imposible pensar que cualquier ciudadano pueda acceder a la totalidad de sus archivos sin más. Pero debiera ser igual de inaceptable pensar que la totalidad de los archivos de éstos puedan estar completamente cerrados a la totalidad de los ciudadanos.

---

<sup>917</sup> Coudido González, Pilar y Gutiérrez David, Estrella; *op. cit.*, pág. 29.

<sup>918</sup> Coudido González, Pilar y Gutiérrez David, Estrella; *op. cit.*, págs. 60 y 61.

El material clasificado debe ser desclasificado en cuanto sea posible porque el estado natural de la documentación “pública” es la publicidad y lo excepcional el secreto. Aunque sólo se proporcione a los ciudadanos el uno por ciento de información sobre los servicios de inteligencia, la publicidad, la transparencia, debe ser el principio general de actuación, de forma que se informe tanto y tan lejos como sea posible, aunque sólo se pudiese informar del uno por ciento de su actividad.

Hoy la comunidad de inteligencia española sigue siendo impenetrable para el común de los ciudadanos y sumamente difícil para los jueces y magistrados ordinarios. Un ejemplo reciente: un magistrado español conoce de un accidente de coche ante las puertas del Centro. Piensa que las cámaras de la puerta pueden haber recogido lo que realmente sucedió y pide acceso al material. El acceso le es sistemáticamente denegado y, tras mucho insistir, consigue realizar un examen *in camera* de la filmación donde lo único que se ve es que la cámara estaba mal emplazada<sup>919</sup>. Semejante secretismo carece de cualquier justificación.

Conocer tanto como sea posible sobre la actividad de los servicios es bueno porque: desde los filósofos de la antigua Grecia sabemos que se ama lo que se conoce, el conocimiento pone de relieve las bondades (el trabajo) que realizan, muestra también claramente las ineficacias (lo cual es bueno asimismo porque permite corregirlas), evita tentaciones de acudir a terrenos que no son suyos y refuerza su compromiso con el estado de derecho.

La nueva ley a la que se ha comprometido el Gobierno de Zapatero y la Convención auspiciada por el Consejo de Europa sobre este asunto que podría ver la luz en el año 2009 debieran auspiciar el máximo conocimiento posible

por parte de los ciudadanos salvo cuestiones que sigan atañendo directamente a la seguridad nacional o a la intimidad de personas vivas. Es importante que se sumen la mayor cantidad de países del primer mundo para que no pueda burlarse la ley radicando ficheros ilegales o accesibles en sus países de origen en un país distinto.

La *Assasination Materials Act* establece criterios sobre el particular: la amenaza para la defensa y la seguridad nacional provocada por la apertura de los archivos y registros ha de ser de tal gravedad “que sobrepase al interés público” en acceder al documento en cuestión<sup>920</sup>.

En ningún caso el secreto puede amparar la mentira del poder ejecutivo. Es aceptable secreto *quia securitas*. Es inaceptable la alianza del secreto con la mentira que, parafraseando a Alberti, son dos mentiras: mentira en el fondo y mentira en la forma. El caso de los *Pentagon Papers* es sumamente ilustrativo: nada había en ellos de secreto<sup>921</sup> y sí mucho de mentira. Es importante recordar aquí el voto particular del juez Stewart: “cuando todo está clasificado nada está clasificado, y el sistema induce a la falta generalizada de obediencia, y a la manipulación por parte de quienes buscan autoprotegerse o autopromocionarse”. También resulta trascendente la carga de la prueba. Desde este caso se ha admitido que la prueba, *probatio diabólica*, es responsabilidad de la autoridad que hurta el documento al conocimiento público. Es esta autoridad la que debe probar y justificar la decisión, excepcional, de declararlo secreto<sup>922</sup>.

---

<sup>919</sup> Conversación privada del magistrado con el doctorando con motivo de unas jornadas sobre inteligencia.

<sup>920</sup> Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*, op. cit., pág. 101.

<sup>921</sup> Pese a estar calificados como Top Secret-sensitive, una calificación no recogida en la Orden Ejecutiva vigente entonces en USA, la 10.501.

<sup>922</sup> Es incomprensible, por ejemplo, que parte de la documentación relativa al vuelo de Rudolf Hess siga siendo secreta, no se entiende qué tipo de justificación pueden alegar las autoridades británicas.

La Ley de Libertad de Información norteamericana que entró en vigor en 1967 nos da pie a un análisis de su importancia respecto de las solicitudes de información más o menos vinculadas con la seguridad nacional. Según la asociación norteamericana *Campaign for Political Rights* se ha dado luz verde habitualmente a las solicitudes relativas a trabajos académicos<sup>923</sup>. También a estudios o reportajes que pretendiesen dar una visión de conjunto de la política exterior norteamericana. Además, ha habido una especial sensibilidad respecto de experimentos o pruebas nucleares que pudiesen haber afectado a los reclamantes. Sin embargo, el afluente principal de peticiones vinculadas a la seguridad nacional ha estado relacionado durante todos estas décadas con personas que solicitaban del FBI acceso a sus antiguos expedientes personales y que, en la mayoría de los casos recibieron respuesta positiva.

Dos reformas importantes en los años ochenta definieron más qué se podía solicitar y qué debía ser rechazado. Según la *Public Law 98-477* el director de la CIA puede situar al margen de la Ley de Libertad de Información aquellos archivos que se refieran a: realización de operaciones de inteligencia y métodos de trabajo así como a información procedente de otros servicios o gobiernos extranjeros; procedimientos de recolección de inteligencia a través de sistemas científicos o técnicos; las investigaciones para conocer la capacidad operativa de otros servicios. Se prevé expresamente la revisión judicial de la decisión. Por su parte la *Public Law 99.570* aumentó la discrecionalidad del FBI y de los jueces a la hora de conocer del asunto<sup>924</sup>.

---

<sup>923</sup> La situación es bien distinta en España. "Al iniciar la investigación solicité la colaboración del servicio de inteligencia... sin embargo, la diabólica relación que vive el secreto con la publicidad supuso que "el objeto estudiado" prefiera mantenerse opaco". Quien así escribe es Antonio Díaz en el prólogo de su libro Díaz Fernández, Antonio M.; *Los servicios de inteligencia españoles*; Madrid, 2005, pág. 17, dando una idea muy precisa de las dificultades con que se encuentra quien pretende abordar estos asuntos.

<sup>924</sup> Esta excepción relativa a los métodos de trabajo es la que subyace en España en el caso Florez. Revenga Sánchez, Miguel; *El imperio...*, op. cit.; pág. 170.

La Ley de Libertad de Información norteamericana está animada de un espíritu aperturista que se torna oscurantismo cuando la consulta está relacionada con la seguridad nacional. No debiera ser así, también en la seguridad nacional la regla es la publicidad y la excepción el secreto, siempre debidamente justificado por la autoridad calificadora.

También debiera quedar claro *ab initio* en cualquier legislación al respecto quién decide qué cosa sea la que causa daño a la seguridad nacional, cómo y ante quién se articula un recurso judicial si la decisión es negativa y sobre todo “definir el conflicto” con el mayor detalle posible para evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad tanto como sea posible estableciendo claramente cuáles son los supuestos y cuáles son sus límites.

En el caso de la legislación española urge una nueva Ley de Secretos Oficiales. La situación actual donde el gobierno tiene la potestad exclusiva para desclasificar documentos y para entregarlos o no al juez<sup>925</sup> casa mal con el estado democrático de derecho. Estado de derecho supone “justicia judicial” y ninguna otra de carácter más o menos vaporoso como recuerda el profesor García de Enterría. A los tribunales les corresponde el control de la legalidad de la actuación administrativa –art. 106.1 CE- y además, los derechos de defensa de que habla el art. 24 “resultan conculcados cuando se excluye todo control jurisdiccional sobre la decisión clasificatoria del ejecutivo”<sup>926</sup>.

Es un contrasentido socavar los principios constitucionales en nombre de la seguridad nacional puesto que esos principios son garantía y fundamento del orden público y de la paz social. No es posible arremeter contra la paz social en nombre de la seguridad nacional. Si desde el Ricardo III de

---

<sup>925</sup> Así se expresó el Tribunal de Conflictos en el caso de los “Papeles del Cesid”.

<sup>926</sup> Lozano, Blanca; *op. cit.*, pág. 167.

Shakespeare sabemos que la mayor locura –Duque de Gloucester- es arremeter el hombre contra sí mismo, *mutatis mutandi*, lo mismo cabe decir de una moneda en la cual las dos caras se declaran la guerra, venza quien venza y destruya a la otra, la moneda habrá perdido su valor, ya no será una moneda.

De otro lado, la argumentación según la cual es lógico que todo lo relativo a los servicios de inteligencia sea secreto porque todo lo que maneja es secreto es una tautología tan peligrosa como falsa. Más del 90% de la información que manejan los servicios de inteligencia procede de fuentes abiertas, accesibles a cualquier persona –según comentó al autor de la tesis un alto responsable de los mismos-.

## **2. La potestad informativa del Estado**

La potestad informativa del Estado es también obligación informativa y, en el caso de los funcionarios y de quienes sirven al Estado, tienen un doble deber: dar publicidad a todo cuanto pueda ser público (pues la publicidad debe ser la regla general y el secreto la excepción) y guardar relativa reserva (secreto) en todo cuanto no deba trascender de los *arcana regni*.

Ciertamente, como dice González Casanova, no puede haber comunidad sin comunicación ni viceversa. Y puesto que el Estado es la forma jurídica que adopta la comunidad, ha de emitir y recibir comunicaciones.

Desantes contempla al Estado como sujeto universal y también como sujeto organizado de la información: “Entre sus potestades el Estado tiene la de informar, pero también entre sus deberes el Estado tiene el de informar, que corresponde al que se ha denominado derecho del ciudadano a recibir información del Estado organizado como una democracia pluralista. De aquí



que haya que considerar al Estado como un sujeto organizado, además de un sujeto universal, y un sujeto eminente puesto que para ejercer su derecho a cumplir su deber dispone de unas potestades singulares, de las que no disponen otras organizaciones”<sup>927</sup>.

La vitalidad de la democracia de un país, su alejamiento de los regímenes totalitarios<sup>928</sup>, el respeto al estado de derecho y a la soberanía popular, encuentran una excelente piedra de toque en la “calidad” de la información que el Estado suministra. Esta calidad viene determinada por la extensión de la publicidad y de la transparencia que, además de ser la regla general, debe llegar, en feliz expresión acuñada por Alexander Meiklejohn, “tan lejos como sea posible”.

Sobre esta cuestión el Comité Político para los Medios de Comunicación de Masas del Consejo de Europa emitió un Informe el 21 de diciembre de 1978 donde exige a la información suministrada por el Estado las siguientes condiciones: Que sea verdadera, auténtica, verificable y no controvertible; que sea accesible a todos, sin discriminación de personas o medios, conforme a la universalidad del sujeto y del medio; que sea fácilmente comprensible por todos con un lenguaje claro; que la información se proporcione cuando pueda ser útil a la sociedad y a sus ciudadanos por la autoridad o el político responsable; que sea constante, todo lo frecuente que exija la situación; que sea significativa, que revele todos los aspectos del problema; y que estimule y fomente la participación ciudadana en asuntos que deben ser conocidos por todos y en los que todos han de decidir cuando llegue el momento de las elecciones.

---

<sup>927</sup> Desantes Guanter, José María; *Apuntes...*, *op. cit.*

<sup>928</sup> Que Hayek caracterizaba, entre otras cosas, por el monopolio estatal de los medios de comunicación.

En el citado Informe se distinguen tres clases de informaciones que pueden dar los estados: la información política, la referida a la acción gubernamental o parlamentaria; la administrativa, que tiene que ver con la aplicación de las leyes; y la documental, sobre el acceso a los registros y estadísticas en poder de la administración.

Dice Desantes que el control de la información que suministra el Estado corresponde, en un estado democrático de derecho, al Parlamento y a los Tribunales de Justicia. Pero también debería incluirse entre los “controladores” a los propios destinatarios de la información, esto es, medios de comunicación y ciudadanos, porque tanto unos (a través de sus medios) como otros (manifestándose en la calle) pueden mostrar su conformidad o disconformidad con la información facilitada por el ejecutivo.

En cuanto al deber de informar de la administración hay que remontarse al artículo 7 de la Ley de Prensa para encontrar algo al respecto, porque el RD 208/1996 por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y de Atención al Ciudadano nada dice sobre este asunto aunque, eso sí, subraya la importancia de que todas las administraciones colaboren entre sí para que el ciudadano esté debidamente informado<sup>929</sup>.

Este RD distingue entre información general e información particular (que sólo puede ser obtenida por el interesado y sus representantes legales) e impide (más aún si sumamos el escudo que supone la Ley de Protección de Datos) el acceso de los periodistas a información relevante transcurrido un tiempo desde que el proceso/procedimiento fue resuelto<sup>930</sup>.

---

<sup>929</sup> Cousido González, Pilar; *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 175 a 180.

<sup>930</sup> Este problema se plantea ya dentro de la Administración de Justicia y como muy bien señala el Asesor de Imagen de la Justicia, Carlos Berbell, consagra algo parecido a “un derecho al olvido”, piadosamente oculto tras una cortina de papel. (Conversación del doctorando con don Carlos Berbell).

Volviendo al deber del Estado de informar a los ciudadanos sobre sus actividades el artículo 7 de la Ley de Prensa ordena que las administraciones públicas faciliten información a todos los medios que se lo soliciten. La solicitud ha de ser por escrito y estar firmada por el director del medio o persona debidamente autorizada. La administración debe proporcionar la información solicitada o marcar un plazo para facilitar la misma salvo que se trate de materia secreta o reservada. Sin embargo, la realidad discurre por senderos muy distintos, donde debería reinar la transparencia triunfa la opacidad, donde se ordena actividad que origine información campea la holganza, ni los ciudadanos parecen conscientes de su derecho a investigar, a ser informados, ni el Estado de su deber de informar: "Obtener información oficial, acceder a archivos públicos o recabar datos de la Administración es, más que un derecho, un calvario. A diferencia de lo que ocurre en casi toda Europa (en Suecia, desde 1766), en España no existe ninguna ley que garantice la transparencia. Nada ni nadie obliga a instituciones, fundaciones o entidades privadas financiadas con dinero público a proporcionar datos a los ciudadanos. El oscurantismo es la única norma que se cumple a rajatabla. Impera la ley del *top secret*".<sup>931</sup>.

Ambas facetas aparentan ser los hijos olvidados del derecho de la información. En una futura revisión de la Constitución convendría añadir, dentro del art. 20, dentro del Capítulo II del Título I, con la protección cualificada de que goza, tanto el derecho a investigar de los ciudadanos como el deber de proporcionar información por parte del Estado. Las dos opciones han de ser llevadas "tan lejos como sea posible", porque la lejanía es directamente proporcional a la calidad del estado de derecho y de la democracia.

---

<sup>931</sup> El País, 27 de octubre de 2008.

Por otro lado, incluso en el caso de los servicios secretos, persiste la obligación de informar por parte del estado, y la regla general, también aquí, ha de ser la publicidad. Lo restringido –no importa su amplitud– ha de ser excepcional. El estado tiene la obligación de informar *también* sobre sus servicios de inteligencia. De esta forma el ciudadano podría comprobar si la información que el estado da y la información a la que el podría acceder coinciden en la misma sintonía de onda.

## **2.1. La prensa y los servicios de inteligencia**

La “gran apertura” se produce en la comunidad de inteligencia española con la llegada de Calderón a la dirección del CESID. Se publica un libro con la bendición del centro<sup>932</sup>, el director acude a encuentros con la prensa, un programa de televisión entra en el centro para entrevistar a su director... Se trata de lavar, limpiar, la imagen que había quedado de los servicios de inteligencia tras el “Caso Mengele” y el “Asunto Perote”. En la anterior época socialista los contactos eran frecuentes también pero menos formales y con menos publicidad.

Sin embargo, esas operaciones cosméticas adornadas con una página web distan mucho de proporcionar la información que desde el estado y desde los órganos del estado debe darse sobre la comunidad de inteligencia. En aquellas fechas (1997), el presidente del BND alemán, Hansjörg Geiger, ya tenía muy claro cómo y por qué debía articularse esta relación así como cuál era el tipo de información que se debía dar. Según él<sup>933</sup> en un estado democrático de derecho el ciudadano tiene derecho a recibir información

---

<sup>932</sup> Urbano, Pilar; “Yo entré en el CESID”; Barcelona, 1997, *passim*.

<sup>933</sup> Conferencia pronunciada en Jaca el 25 de septiembre de 1997.

verídica sobre las actividades de sus servicios de inteligencia y el estado tiene la obligación de proporcionársela. Y es bueno que así sea, puesto que la oscuridad absoluta, cualquiera que sea la materia, se acompasa mal con la altura de los tiempos y peor aún con la idea de democracia y de control del poder. Si la relación entre las partes no funciona ambas partes son culpables, no es de recibo poner sobre el tapete únicamente los fallos de la prensa.

Aboga el presidente del BND por la “diplomacia selectiva”, esa que tan buenos rendimientos ha dado a la OTAN a través de su división de diplomacia pública. Una apuesta a largo plazo para generar confianza siempre es una apuesta segura.

No sirve de nada tratar de escapar porque los servicios de inteligencia siempre serán objeto de la curiosidad pública, a mayor disonancia mayores posibilidades de malentendidos y manipulaciones, eso sin contar con la ya de por si peligrosa capacidad explosiva de lo secreto bellamente expresada en el celeberrimo artículo de Emile Zola en 1898, “Yo acuso”<sup>934</sup>.

## **2.2. Hacia una cultura de inteligencia**

Fruto de esa potestad informativa del estado y de la evolución que en esta materia ha experimentado la comunidad de inteligencia española se ha llegado a la actual situación de defensa y potenciación de una cultura de inteligencia.

---

<sup>934</sup> Otra cosa es la forma en que tales relaciones han de ser conducidas. La dirección de comunicación del CNI no suele, salvo casos puntuales, tener relación personal con la mayoría de los periodistas que tratan estos asuntos. Lo considero un grave error. Marco Scharz (jefe de opinión de “Público”) se quejaba de ello en una reunión celebrada en el CESEDEN sobre Inteligencia Europea. Lo mismo Antonio Rubio de “El Mundo” en la clausura del II Master de Analistas de Inteligencia de la Rey Juan Carlos. Igual Manuel Angel Menéndez (“Diario Crítico”) en la apertura del II Congreso de Inteligencia en la Carlos III (Conversaciones con el doctorando). Ciertamente que hay voluntad de cambiar esta situación de distanciamiento y absoluta desconfianza.

En la actualidad la comunidad de inteligencia española no sólo informa con regularidad a los medios de sus actividades sino que lleva a cabo un amplio programa de actuaciones para que los ciudadanos puedan conocerlos mejor.

Se ha creado, con apoyo del CNI, el Instituto Juan Velázquez de Velasco de Investigación en Inteligencia para la Seguridad y la Defensa adscrito a la Universidad Carlos III. Ha nacido también -con el mismo apoyo- la Cátedra de Servicios de Inteligencia y Sistemas Democráticos radicada en la Universidad Rey Juan Carlos a cuyo frente está el filósofo Fernando Velasco. Ambas instituciones realizan actos (recientemente el primer congreso nacional de servicios de inteligencia) y publican trabajos, bien sea en libros, bien a través de la revista "Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva", con la finalidad de que nuestra comunidad de inteligencia sea mejor valorada y conocida.

Hoy casi cualquier iniciativa académica en este sentido sabe que puede contar con el apoyo del propio CNI y ese es un gran paso adelante respecto de lo que sucedía en el pasado.

¿Qué valores se han de poner de relieve con el fomento de la cultura de inteligencia? ¿Qué valores promocionar –dentro de la potestad informativa del estado- para acercar los servicios de inteligencia a los ciudadanos y para que sean mejor aceptados por éstos? Siguiendo a Rafael Martínez, estos son los valores sobre los que conviene insistir:

- a) Transparencia: Un servicio de inteligencia debe crear inteligencia y no secreto, como decía Courbet, el secreto debilita a la democracia.  
La transparencia es mucho más fácil "cuando se reconoce que la

inmensa mayoría de la información procesada proviene de fuentes abiertas”<sup>935</sup>.

- b) Modernidad: modernizar el sistema de captación, incorporar material puntero, fluidez en la cooperación internacional y manejo de escenarios de incertidumbre.
- c) Eficacia: siempre que sea posible el servicio debe dar a conocer sus logros.
- d) Diálogo fluido con la sociedad: no para los agentes de campo pero sí para muchos analistas al modo en que se hace en los países escandinavos.
- e) Desmilitarización: un servicio civil dependiente de la Presidencia del Gobierno ayudaría a ser percibidos como “asesores en el proceso de toma de decisiones”, como analistas, y no tanto como remedos de James Bond.

En este sentido hay que destacar el máster<sup>936</sup> para formar analistas de inteligencia que realiza la Cátedra de Servicios de Inteligencia de la Universidad Rey Juan Carlos desde el año 2009. Se trata de formar analistas que sean capaces de procesar la enorme cantidad de fuentes abiertas que proporciona la sociedad de la información pronta a dar el salto a la sociedad del conocimiento. Esas personas trabajarán en empresas privadas “asesorando en el proceso de la toma de decisiones” y cuando varias promociones estén ya en

---

<sup>935</sup> Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *op. cit.*, pág. 201.

<sup>936</sup> Escribe Elena Sánchez Blanco, Secretaria General del CNI: “El Master constituye una iniciativa pionera en nuestro país y tiene por objeto principal trasladar una de las especialidades fundamentales de los servicios de inteligencia, el análisis, a otros sectores” (Prólogo). Velasco, Fernando; Bonilla, Diego; Arcos, Rubén; La inteligencia como disciplina científica; Madrid, 2010, págs. 13 y 14. El volumen recoge las actas del primer Congreso Nacional de Inteligencia.

el mercado, el trabajo que realizan los servicios de inteligencia será mucho más asimilable y comprensible para el común de los ciudadanos.



## Capítulo VI:

### **La inviolabilidad domiciliaria y el secreto de las comunicaciones<sup>937</sup>**

El control judicial previo para la realización de actividades que puedan afectar a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones es una de las peculiaridades “que diferencian al sistema de inteligencia español de los modelos desarrollados en otros países de nuestro entorno cultural”<sup>938</sup>. No obstante, hay autores que reivindican una reforma de la ley de control judicial previo del CNI desde diferentes ángulos.

Admitiendo las bondades de la ley respecto de la situación anterior, Pérez Villalobos cree necesario detallar de forma más minuciosa aquello de lo que debe informar el Secretario de Estado Director al Magistrado del Tribunal Supremo para obtener la correspondiente autorización. Tal y como está redactada la ley, entiende esta profesora que es posible hurtar al Magistrado información relevante.

Por otro lado, Gimbernát y Ollé sostienen que en el caso de la inviolabilidad domiciliaria y el secreto de las comunicaciones las medidas

---

<sup>937</sup> Cada apartado podría ser perfectamente el objeto de una tesis, tanto la inviolabilidad domiciliaria como el secreto de las telecomunicaciones se prestan perfectamente a ello, pero no son en modo alguno el objeto principal de esta tesis doctoral enfocada a la constitucionalidad de los servicios de inteligencia. La bibliografía sobre tales cuestiones es amplísima, aquí solo se recoge de forma instrumental la que implica directamente a los servicios de inteligencia. Ambos aspectos están de actualidad a comienzos de 2011 de resultados del cruce de opiniones entre Gimbernát y Ollé, por un lado, y Cussac por otro. “El Mundo”, 6 de enero de 2011.

<sup>938</sup> Colaboración de Nieves Bregante Otero en Navarro Bonilla, Diego y Esteban Navarro, Miguel Angel; *op. cit.*, pág. 124.

invasivas de ambos derechos han de ser adoptadas en el marco de un auténtico procedimiento judicial penal.

Según el profesor Ollé<sup>939</sup> ambos derechos no pueden ser sacrificados sin más. La intromisión en ambos derechos debe estar amparada por las funciones propias del CNI, a saber: "proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España" (Ley 11/2002, art. 4). Remitiéndose a un artículo publicado por Gimbernat<sup>940</sup>, el profesor Ollé defiende que sin un auténtico procedimiento judicial penal no pueden verse recortados ninguno de los dos derechos.

Reclama una resolución motivada del Magistrado del Supremo encargado de los asuntos del CNI que pueda ser consultada, para garantizar la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, una vez levantado el secreto de sumario. Normalmente el Supremo deniega tal posibilidad porque las actuaciones del citado Magistrado están clasificadas como secretas. Una forma de superar esta dificultad (ya prevista en su informe previo sobre la ley por el CGPJ que reclamaba una solución) podría ser el examen *in camera* por parte del juez que conozca del asunto.

También solicita la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso como garante de la legalidad, especialmente durante la fase de secreto de sumario. El CGPJ en su informe previo indicaba, del mismo modo, la conveniencia de contar con el Ministerio Fiscal.

Estas reformas de la ley evitarían posibles desencuentros de la legislación española en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al amparo

---

<sup>939</sup> E-mail del profesor Ollé recibido por el doctorando el día 6 de enero de 2011.

<sup>940</sup> "El Mundo", 30 de abril de 2008.

de lo dispuesto por ese tribunal en otros asuntos con identidad de razón, como ya se dijo anteriormente respecto del caso Malone.

### **1. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio**

La inviolabilidad domiciliaria va unida al estado de derecho desde los orígenes de éste. En 1764, Lord Chatham lo reivindicaba así en su celeberrimo discurso ante el Parlamento británico: “el hombre más pobre desafía en su recinto a todas las fuerzas de la Corona; su chimenea puede estar fría, su tejado puede temblar, el viento soplar entre las puertas desencajadas, la tormenta puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no”<sup>941</sup>.

La entrada en el domicilio y el registro de éste son dos medidas distintas que se pueden acordar en el marco de una investigación penal y que “constituyen una injerencia o intromisión en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria que llevan a cabo los órganos públicos habilitados por la normativa procesal para la persecución penal por el Estado”<sup>942</sup>, cuya finalidad consiste en lograr la obtención de información que sea de interés para la investigación o, también, conseguir la detención del imputado.

Son dos diligencias diferentes que afectan a un mismo derecho fundamental “pero que se encuentran en relación de medio a fin, dado que mediante la entrada se penetra en el domicilio y a través del registro se buscan y recogen datos útiles a la investigación y fuentes de prueba”<sup>943</sup>, lo que supone que siempre un registro conllevará una entrada.

---

<sup>941</sup> Matia Portillo, Francisco Javier; *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*; Madrid, 1997, pág. XXV.

<sup>942</sup> Rascón Ortega, Juan Luis; *El punto de partida: La inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental*; “Revista del Poder Judicial”, nº 58, edición electrónica, San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.

<sup>943</sup> *Ibidem*.

La Constitución española establece en el artículo 18.2: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. La doctrina ha criticado que, al hablar de limitaciones, este artículo piense “meramente en algunos supuestos típicos de naturaleza procesal penal, con el riesgo de parcialidad en la regulación que ello comporta”<sup>944</sup>.

En este aspecto, la Constitución española se aparta radicalmente de otras constituciones o textos políticos del entorno español que no caen en este error, caso de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución italiana, de la Declaración Universal de Derechos del Hombre o del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas; esta ausencia de vinculación procesal penal puede verse en todos y cada uno de ellos<sup>945</sup>.

---

<sup>944</sup> *Ibidem*.

<sup>945</sup> Cfr. art. 13 Ley Fundamental de Bonn: “El domicilio es inviolable. Los registros y allanamientos no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro, también por los demás órganos previstos en las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas. Por lo demás, sólo podrán tomarse medidas que afecten a esta inviolabilidad o la restrinjan, en defensa ante un peligro común o de la vida humana; en virtud de una ley, tales medidas podrán también ser tomadas con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de vivienda, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro”; art. 14 de la Constitución italiana: “El domicilio es inviolable. No pueden efectuarse inspecciones, registros o secuestros a no ser en los casos y en las formas establecidos por la ley con arreglo a las garantías prescritas para la tutela de la libertad personal. Las averiguaciones y las inspecciones por motivos de sanidad y de incolumidad públicas o con fines económicos y fiscales se regulan por leyes especiales”; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques”; y art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, artículo que, además de abrir un amplio abanico y no restringir los límites a cuestiones exclusivamente penales, menciona expresamente la cuestión de la seguridad nacional: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

### **1.1. Concepto constitucional de domicilio**

La mención del texto constitucional se refiere exclusivamente al domicilio, sin más concreciones. ¿Puede aplicarse el concepto de domicilio a una segunda residencia, un coche, una nave industrial, un bar, un despacho profesional?

El Tribunal Constitucional<sup>946</sup> señala que el concepto constitucional de domicilio que se contiene en el art. 18.2 de la Constitución es de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo; "que no coincide, por tanto, aquel concepto con el que deriva del art. 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Se dice en tal resolución, que la protección constitucional del domicilio lo es de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona; por lo que declara existente un vínculo indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio (art. 18.2 CE) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (art. 18.1 CE)"<sup>947</sup>.

Desarrollando este concepto, el Tribunal Constitucional declara posteriormente<sup>948</sup> que "el domicilio es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella".

---

<sup>946</sup> STC 22/1984.

<sup>947</sup> Barrientos Pacho, Jesús María; Entrada y registro en domicilio particular; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

<sup>948</sup> STC 137/1985.

Por su parte el Tribunal Supremo ha considerado como tal "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar" estimándose así que constituye domicilio digno de aquella protección cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas la segunda residencia, las chabolas, tiendas de campaña o la habitación de un hotel.

En sentido contrario, no están incluidos dentro del concepto de domicilio los locales comerciales o de esparcimiento que, al estar abiertos al público, no pueden compartir el concepto de "intimidad" como valor esencial -en el sentido aristotélico, *ousía*- de la tutela dispensada en el art. 18.2 de la CE. Tampoco ostentan tal consideración los lugares o espacios que constituyan viviendas efectivamente deshabitadas.

En cuanto al automóvil la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a excluir el coche de la protección que a la intimidad domiciliaria presta y otorga el art. 18.2 de la CE.

Por lo que respecta a garajes y trasteros la STC 171/1999, de 27 de septiembre, concluye que forman parte del domicilio, "pues ha de entenderse que se trata de un lugar dependiente de la voluntad de su titular a los efectos de la privacidad y de la exclusión de terceros".

Según el TC, este derecho fundamental se reconoce también a las personas jurídicas u otras colectividades con entidad jurídica propia y sede definida (STC 137/1985 y STC 23/1989).

Por lo que atañe a los despachos profesionales y otros espacios que constituyan lugares de trabajo, su tratamiento jurisprudencial no es pacífico, si

bien la tendencia más común es la de considerar que sí precisan de la autorización judicial para el registro.

## **1.2. Su relación con otros derechos fundamentales**

La STC 22/1984, de 17 de febrero, señala claramente que la inviolabilidad del domicilio que se protege en el artículo 18.2 CE "es una garantía constitucional de la vida privada de las personas que consiste en el derecho que tiene el titular del mismo a la no penetración en su interior sin su consentimiento y que, no obstante, por ser relativo y limitado por propio diseño constitucional, admite restricciones"<sup>949</sup>.

En un primer momento histórico constitucional, este derecho se concibió como garantía de la libertad y de la seguridad personal de que goza todo ciudadano<sup>950</sup>. Hoy se vincula más al derecho a la intimidad que al derecho a la libertad.

Tal y como se proclama en la Constitución española se trata de un derecho que cuenta con autonomía porque tiene unos perfiles propios, pero que está conectado por un lazo jurídico indisoluble con el derecho a la intimidad en su doble dimensión, personal y familiar.

La obligación que nace para el Estado de respetar este derecho "de vivir su propia vida conforme a gustos y preferencias propias en su espacio de libertad particular que es el domicilio se proyecta en un doble plano: por un lado, resulta obligado que sus autoridades se abstengan de realizar intromisiones en la

---

<sup>949</sup> Rascón Ortega, Juan Luis; *op. cit.*

<sup>950</sup> La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América reconoce "el derecho de los habitantes a que sus personas, domicilios, documentos y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán mandamientos que no se apoyen en un motivo fundado, estén corroborados mediante juramento o promesa y describan pormenorizadamente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser aprehendidas".

esfera privada del ciudadano y, por otro, quedan sometidas al deber general que tienen de promover las condiciones que hagan sustantivamente posibles los derechos y libertades. Este doble compromiso, negativo y positivo, les ha de llevar a evitar, prevenir y reprimir aquellas conductas, sean públicas o privadas, que directa o indirectamente vulneren un patrimonio jurídico tan sensible como son los derechos fundamentales<sup>951</sup>.

### **1.3. La doble naturaleza del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria**

Por su ubicación sistemática tiene naturaleza de derecho fundamental y cuenta por tanto con el máximo grado de protección que admite la Constitución: su regulación deberá efectuarse por ley que, en todo caso, habrá de respetar su contenido esencial, la vía judicial de amparo es preferente y sumaria, cabe la tutela extraordinaria del Tribunal Constitucional por la vía de amparo, una hipotética reforma del precepto constitucional que lo cobija exige un especial consenso, pudiéndose llevar a cabo la misma sólo a través del denominado procedimiento agravado y, finalmente, determinadas instituciones se encargan de hacerlo valer de manera específica -el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, según los artículos 54 y 124 CE respectivamente-. Esa condición de fundamental que tiene el mismo le lleva a gozar de una doble naturaleza, objetiva y subjetiva.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales tienen una dimensión axiológica que los convierte en elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta

---

<sup>951</sup> Rascón Ortega, Juan Luis; *op. cit.*



se configura como marco de convivencia humana justa y pacífica, y, por otro lado, son derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de existencia.

Queda claro pues que estos derechos fundamentales –entre los que se incluye el artículo 18.2 de la CE- son verdaderas normas jurídicas objetivas que son, a la par, cúspide del sistema axiológico informante de todos los sectores del Derecho<sup>952</sup>.

#### 1.4. Los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria

Se trata de un derecho fundamental que, como cualquier otro, no tiene carácter absoluto, siendo posible que admita restricciones con arreglo a determinadas condiciones. Los derechos fundamentales “no son ilimitados y están sujetos en su ejercicio a una serie de requisitos. Estos límites pueden derivar de la propia naturaleza de cada derecho y de la función social que desenvuelven, o de la misma existencia social y de los otros sujetos de Derecho que en ella coexisten y que, por tanto, ejercitan también derechos”<sup>953</sup>.

No existen derechos fundamentales ilimitados<sup>954</sup>. El alcance de estos límites lo ha perfilado con pulcritud el Tribunal Constitucional, que ha insistido en que los derechos fundamentales sólo ceden “ante los límites que la propia Norma Suprema expresamente les imponga al reconocerlos y definirlos o,

<sup>952</sup> A lo hora de aplicarlos no hay que olvidar el principio hermenéutico *favor libertatis*, por el que los derechos deben de interpretarse del modo más amplio posible, de la forma más favorable para su efectividad -SSTC 17/1985 y 1/1989-, principio que, desde luego, primará cuando exista duda razonable sobre la interpretación. Rascón Ortega, Juan Luis; *op. cit.*

<sup>953</sup> “...el fundamento de los límites a los derechos estriba en que... su goce no puede vulnerar los iguales derechos o intereses de los demás, con los que han de hacerse conciliables”. *Ad abundantiam* Rascón Ortega, Juan Luis; *op. cit.*

<sup>954</sup> Matia Portillo, Francisco Javier; *op. cit.*, pág. 233.

incluso, ante los que de manera mediata o indirecta se infieran al resultar justificados por la necesidad de resguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, no pudiéndose ver afectado el manantial jurídico constitucional de derechos y libertades por limitaciones legales que vayan más allá del contenido esencial del derecho que en todo caso ha de preservarse”<sup>955</sup>.

Quizá una de las sentencias más clarificadoras a este respecto sea la STC 22/1984<sup>956</sup>. En ella el TC señala que existen “fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales”.

La cuestión ahora es si tales fines sociales pueden asociarse a fines expositivos. La CE habla de un único caso en que es posible la entrada en un domicilio ajeno sin resolución judicial –delito flagrante- pero resulta evidente que podrían darse muchísimos más, por ejemplo, riesgo para la vida de alguien, riesgo para el inmueble (se quema)<sup>957</sup>...

#### **1.4.1. La noción de orden público constitucional**

Francisco Javier Matia Portillo agrupa tales supuestos bajo el enunciado “orden público constitucional”. El orden público aparece recogido por primera vez con categoría constitucional en el art. 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>958</sup>.

La noción de orden público tiene una amplia trayectoria doctrinal en el derecho español. Encuentra acomodo en los artículos 16 (libertad religiosa) y

---

<sup>955</sup> Rascón Ortega, Juan Luis; *op. cit.*

<sup>956</sup> Cuyo asunto principal es precisamente la inviolabilidad del domicilio.

<sup>957</sup> El antiguo artículo 491 del Código Penal eximía de responsabilidad penal al infractor del delito de allanamiento de morada en tales supuestos. Hoy se llega al mismo resultado como consecuencia de la aplicación de la eximente del art. 8.7 CP.

<sup>958</sup> Que reconoce el derecho de opinión “siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley”.

21 (derecho de reunión). El TC ha precisado que la noción de orden público es más amplia que la de seguridad pública e incluye cuestiones tales como la salubridad.

El orden público constitucional “puede concebirse en un Estado democrático como el pacífico ejercicio competencial que ciudadanos y poderes constituidos tienen... los derechos fundamentales son, en acertada expresión de Juan J. Solozábal Echavarría, normas competenciales del ordenamiento jurídico porque establecen a favor de los particulares ámbitos inmunes a los poderes públicos y atribuyen al legislador, en su caso, la actividad normadora necesaria”<sup>959</sup>.

El desenvolvimiento del estado debe realizarse en un clima de orden público y de paz social. Sólo si se da ese orden público y esa paz social pueden ejercitarse los derechos fundamentales que son *conditio sine que non* para la existencia de un verdadero estado de derecho<sup>960</sup>.

Así las cosas hay que concluir que el orden público es a la vez límite y garantía de los derechos fundamentales. El orden público no es, *a priori*, un enemigo que imposibilita su ejercicio. Más bien al revés, los hace posible de dos maneras diferentes: de un lado, los limita para hacerlos compatibles y permitir que coexistan entre ellos y, de otro, crea las condiciones sociales que favorecen su ejercicio.

#### **1.4.2. La resolución judicial**

La resolución judicial se configura en la Constitución española como el mecanismo limitador ordinario del derecho fundamental. El TC ha exigido que

<sup>959</sup> Matia Portillo, Francisco Javier, *op. cit.*, pág. 240.

<sup>960</sup> Así lo cree también el Tribunal Constitucional italiano, *vid.* TCI 168/1971.

la entrada domiciliaria esté precedida “de una determinada resolución judicial: la autorización judicial, habitualmente expresada en un auto judicial, que debería dictarse incluso para la ejecución de sentencias judiciales”<sup>961</sup>.

Esta forma de entender la resolución judicial fue revisada posteriormente por el propio TC entendiendo que cualquier resolución judicial puede justificar una intervención domiciliaria<sup>962</sup>.

Ahora bien, la Constitución prohíbe la actuación arbitraria de cualquier poder público -legislativo, ejecutivo y judicial- como equivalente a cualquier conducta pública no adecuada a la legalidad, o que pretenda un fin constitucionalmente ilícito, o que aparezca como desproporcionada al objetivo que pretenda, aunque éste sea lícito. Esa interdicción de la arbitrariedad “es, en suma, exigencia de proporcionalidad y ha de ser defendida por los cauces constitucionales y legales preestablecidos, de manera que contrariada en relación con un derecho fundamental bien podría dar lugar a la protección de este bien en los tribunales ordinarios o bien subsidiariamente ante el Tribunal Constitucional”<sup>963</sup>.

El criterio de la proporcionalidad tiene dos referencias: externa e interna. La proporcionalidad externa supone que el fin que persiga sea legítimo desde el punto de vista constitucional, es decir, que esté justificado porque pretenda la protección de otros bienes constitucionales y, además, sea una imperiosa necesidad social.

La proporcionalidad interna del registro conlleva una selección adecuada y razonable de las condiciones de ejecución, apostando solamente por aquellas

---

<sup>961</sup> Matia Portillo, Francisco Javier, *op. cit.*, pág. 411.

<sup>962</sup> STC 160/1991, de 18 de julio.

<sup>963</sup> Rascón Ortega, Juan Luis, *op. cit.*

que sean estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido según las circunstancias del caso.

#### **1.4.3. Consentimiento del titular y flagrancia**

El TC ha declarado que no existiendo oposición por parte del titular de dicho derecho a que se franquee su esfera más íntima, la actuación investigadora es plenamente válida. En el Auto del TC de 26 de marzo de 1990, se hace referencia al art. 551 LECr y con arreglo a dicho precepto se concluye que se entiende prestado el consentimiento, por aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que pueda tener efecto, sin invocar la inviolabilidad del domicilio que le reconoce la Constitución. El art. 550 LECr habla de "interesado" y en buena lógica por tal habrá de entenderse a quien en efecto sea el morador de la vivienda, dejando al margen el concepto jurídico en virtud del cual ostente la posesión.

El consentimiento debe ser prestado de forma inequívoca, lo que no necesariamente implica que haya de ser expreso. Otra cuestión práctica que puede suscitarse viene dada por la pluralidad de moradores, "siendo criterio comúnmente aceptado que como quiera que lo que se protege es la intimidad individual, no sería suficiente con el consentimiento vertido por el cabeza de familia si existe cualquier tipo de oposición por alguno de los restantes titulares, conclusión ésta que sería plenamente aplicable a los hallazgos ocasionales, con respecto a los cuales las pruebas obtenidas estarían viciadas si no ha mediado consentimiento del interesado en concreto"<sup>964</sup>.

---

<sup>964</sup> Estrella Ruiz, Manuel; Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

Por último hay que tener presente que el consentimiento como acto unilateral de voluntad que es, puede ser revocado en cualquier momento (normalmente, en el momento más delicado), en cuyo caso será necesario suspender de inmediato la diligencia y acudir a la solución judicial.

En cuanto a la flagrancia, no es posible abordar la cuestión sin hacer referencia a la STC 341/1993 que declaró inconstitucional el art. 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, así como a los diversos pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo derivados de los recursos de casación que se plantearon por registros policiales practicados al amparo de dicha norma. En el citado precepto se excluía como requisito la percepción personal directa del hecho delictivo por parte del tercero que sorprende *in situ* al delincuente. Dicho precepto fue sometido de inmediato a duras críticas y en su favor se argüía la doctrina del Supremo, conforme a la cual, el delito flagrante a los efectos del art. 553 LECr, en relación con el art. 18.2 CE, quedaba delimitado por tres requisitos: inmediatez temporal, inmediatez personal entre sujeto y objeto o instrumentos del delito y la necesidad urgente. Sin embargo, la STC 341/1993 dio al traste con el precepto y con el cuerpo doctrinal que se elaboró en apoyo del mismo. En la actualidad, el TS define la flagrancia en torno a dos conceptos esenciales: a) la percepción personal por parte de los agentes de la autoridad, y b) la necesaria intervención en orden a evitar el agotamiento del delito, la desaparición de los efectos o instrumentos o para evitar la fuga de los autores. En este sentido, el término flagrante en correspondencia con su origen etimológico, significa en sentido técnico-jurídico que un delito lo sea cuando se cometa públicamente y ante testigos, siendo así un delito flagrante el que

encierra en sí las pruebas de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción personal directa del hecho delictivo, de manera que la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria. Por lo que respecta a la percepción personal, conviene indicar que el TS la admite por cualquier medio sensorial y, si bien el mas común será lógicamente el de la vista, no es el único y se admite la entrada de los agentes que oyeron a través de la puerta que se encontraba abierta, una conversación que se mantenía en relación con la comercialización de drogas.

Otro aspecto a significar tras la sentencia del TC, es la absoluta necesidad de que la percepción sea protagonizada por los agentes que procedan a materializar la entrada y registro, haciendo inviable cualquiera que se practique mediante llamadas de terceros, normalmente vecinos anónimos, ya que precisamente esa percepción directísima es la base de la declaración de inconstitucionalidad del art. 21.2 LPSC, que admitía la entrada con base en el "conocimiento fundado", posibilidad hoy desterrada.

### **1.5. El bien jurídico protegido**

La inviolabilidad del domicilio protege el bien jurídico intimidad. A diferencia de Estados Unidos, no protege la propiedad y, a diferencia del pasado, no protege la libertad.

Llegado este punto cabe plantearse, si no es una reiteración por parte de la Constitución española reconocer el derecho a la inviolabilidad del domicilio -18.2 CE- además del derecho a la intimidad -18.1 CE-.

La respuesta es no. Existe una importante diferencia, la garantía que la Constitución española establece respecto de la inviolabilidad domiciliaria tiene una particularidad: cualquier entrada no autorizada en el domicilio supone, automáticamente, una violación de la intimidad. No es necesario demostrar que tal violación de la intimidad existe, como sí ocurre cuando se alega el art. 18.1 de la Constitución Española.

#### **1.6. Las actuaciones del servicio de inteligencia en relación con la inviolabilidad domiciliaria**

Es necesario insistir nuevamente en que la mayor parte de la información que obtiene un servicio de inteligencia –más del 90%<sup>965</sup>- procede de fuentes abiertas y perfectamente accesibles.

No obstante, a veces hay que recurrir a actividades que pudieran resultar ilegales (dependiendo del modo y manera en que fuesen realizadas) para obtener la información necesaria. Una de tales actividades es lo que en el argot del servicio de inteligencia español se conoce como “penetraciones”, o sea, la entrada en domicilios.

No es casualidad la promulgación de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI “a los efectos de establecer un control judicial de las actividades del citado Centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución española. Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la

---

<sup>965</sup> Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia; Madrid, 2004, págs. 61 y 62.



Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”<sup>966</sup>.

Esta Ley Orgánica supone un reconocimiento implícito de que los dos derechos fundamentales con mayores probabilidades de ser vulnerados por las actuaciones que son propias de un servicio de inteligencia son el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, como escribe Elviro Aranda Alvarez esto “no debe llevarnos a olvidar que existen otros que también pueden verse afectados por su actuar. Dos buenas muestras son la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y la libertad informática del art. 18.4 de la CE”<sup>967</sup>.

#### **1.6.1. El control judicial previo para supuestos de entrada y registro de domicilios**

La principal novedad introducida por las leyes que regulan la organización y funcionamiento del CNI “es el control judicial previo de las actividades del Servicio de Inteligencia que afectan a los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE”<sup>968</sup>. Tal y como especifica la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, se ha designado por el CGPJ un Magistrado del Supremo para este tipo de autorizaciones. Cabía la posibilidad de que el elegido perteneciese a la

<sup>966</sup> Exposición de Motivos de la LO 2/2002.

<sup>967</sup> Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *Gestion...* op. cit., pág. 169.

<sup>968</sup> Sobre este particular puede verse la colaboración de Nieves Bregante en Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *Terrorismo...*; op. cit., pág. 121.

sala de lo penal o lo contencioso-administrativo. Hasta la fecha han pertenecido siempre a la sala de lo administrativo. Varios de ellos, en conversaciones con otros Magistrados del Tribunal Supremo y relevantes personalidades del Consejo General del Poder Judicial se han manifestado contentos por la concreción práctica de lo dispuesto en la Ley Orgánica.

Su trabajo específico en relación con el CNI<sup>969</sup> consiste en autorizar o no la entrada y registro del domicilio en un plazo de setenta y dos horas que puede reducirse a 24 para asuntos urgentes.

La LO 2/2002 introdujo un nuevo artículo en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) que especifica las condiciones que ha de reunir el Magistrado que se encargue de estos asuntos: “El Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución se nombrará por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría”<sup>970</sup>.

### **1.6.2. Legitimación activa**

La Ley Orgánica 2/2002 dispone que el “Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas

---

<sup>969</sup> No tiene dedicación exclusiva para asuntos del servicio. *Ibidem*.

<sup>970</sup> Art. 342 bis LOPJ.

resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro<sup>971</sup>.

Así pues la única persona legitimada para solicitar la intervención es el Director del Centro, lo cual supone una garantía adicional interna puesto que va a haber una cadena de mandos que va a tener noticia de la operación y todos ellos informan favorablemente entendiendo que es absolutamente necesaria para el cumplimiento de los fines que son propios de un servicio de inteligencia.

### **1.6.3. Requisitos de la solicitud de autorización**

Según dispone la propia Ley Orgánica: “La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos: a) Especificación de las medidas que se solicitan. b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas. c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse. d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad”<sup>972</sup>.

Lo primero a destacar es que la solicitud ha de realizarse obligatoriamente por escrito lo que implica dejar constancia de la misma y posibilita su control. Sentado esto, el escrito de solicitud debe establecer claramente qué es exactamente lo que se solicita. Ese “*petitum*” debe estar

---

<sup>971</sup> Apartado 1 del artículo único de la LO 2/2002.

<sup>972</sup> Apartado 1 del artículo único de la LO 2/2002.

basado en unos hechos claramente identificados y debe tener una finalidad sólidamente razonada.

En principio se ha de precisar quien o quienes son las personas que van a ser objeto de tales medidas y dónde se van a llevar a cabo salvo, claro está, que la identidad de tales personas resulte desconocida o que estas medidas tuvieran por objeto averiguar su verdadera identidad.

En el caso de tener que “penetrar” en un domicilio, el límite máximo de la autorización es de 24 horas prorrogables por “sucesivos periodos iguales en caso de necesidad”<sup>973</sup>.

#### **1.6.4. Plazos para conceder o no la autorización de entrada y registro**

El apartado 3 del artículo único establece: “El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo”.

Añade además este apartado –como no podría ser de otra manera- que las actuaciones del Magistrado constituyen material clasificado en grado de secreto: “El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto”.

---

<sup>973</sup> Aunque en el caso de la inviolabilidad domiciliaria tales prórrogas pudieran no entenderse muy bien o quizá, pudiera pensarse también que carecen de sentido, una anécdota servirá para ilustrar sobre la necesidad de su existencia: Según le contó Juan Alberto Perote al autor de la tesis durante una penetración domiciliaria se le dio el caso de encontrarse con una mochila atada con un nudo de alpinista. Hubo que abandonar la operación y volver a entrar de nuevo en compañía de un especialista que deshiciera/hiciera el nudo de la mochila de forma tal que nada notase el terrorista al que pertenecía.

#### **1.6.5. Informaciones no relacionadas con el objeto de la entrada y registro**

El apartado 4 del artículo único contiene la expresión de un buen deseo que difícilmente puede tener concreción en la realidad. Este apartado establece lo siguiente: “El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”.

Es muy complicado creer que tal cosa sea posible. Un servicio de inteligencia es, en sí mismo considerado, un agujero negro de la información. Establecido un objetivo, formulada una necesidad de información sobre una persona, al centro le interesa todo, absolutamente todo, lo que tenga que ver con ella.

Este apartado parece pensado para salvaguardar toda la intimidad posible de la persona en cuyo domicilio se entra y se registra, pero la realidad es que los servicios de inteligencia, por su propia naturaleza, están sumamente interesados en cualquier aspecto de la personalidad que permita atisbar una ventana de vulnerabilidad. Parafraseando a Cernuda, nunca estuvo tan lejos la realidad del deseo, salvo quizá en la Constitución de 1812 donde se establecía que todos los españoles habían de ser justos y benéficos.

## 2. El secreto de las comunicaciones<sup>974</sup>

El art. 18.3 CE garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Este derecho fundamental se encuentra reconocido también “en las Constituciones de 1869, 1876 y 1931, así como en el Fuero de los Españoles”<sup>975</sup>.

En el plano internacional, el derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra reconocido en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>976</sup>. Asimismo suele reconocerse en la mayoría de las constituciones europeas: art. 15 de la italiana, art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 29 del Texto Refundido de la Constitución belga, art. 72 de la danesa, art. 12 de la de Finlandia... Fue reconocido por primera vez en un Decreto de la Asamblea Nacional Francesa de 1790 y se limitaba a la correspondencia escrita.

En el ordenamiento jurídico español el contenido esencial del derecho no parece peligrar “por el descubrimiento y utilización de nuevos medios de transmisión, que hoy culminan en la informática aplicada al establecimiento de una comunicación”<sup>977</sup>. La doctrina entiende –Jiménez Campo, Martín Morales, Alonso Pérez...- que los tres tipos de comunicación que cita la Constitución española tiene carácter de *numerus apertus*.

Martí Mingarro defiende que el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental, y así se reconoce en la Constitución española, porque

---

<sup>974</sup> Vale aquí lo dicho en la primera nota de este capítulo: la hipótesis y el objeto de esta tesis es la adecuación constitucional de los servicios de inteligencia, no el secreto de las comunicaciones.

<sup>975</sup> Alonso Pérez, Francisco; Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas; Madrid, 2001, pág. 18.

<sup>976</sup> Montañés Pardo, Miguel Angel; La intervención de las comunicaciones; Pamplona, 1999, pág. 21.

<sup>977</sup> Manzano Sousa, Manuel; La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea; Madrid, 1996, pág. 29.

negarle a alguien su señorío sobre su comunicación con los demás supone quebrantar la propia naturaleza del ser humano<sup>978</sup>.

## **2.1. Fundamento de la protección**

El secreto de las comunicaciones “constituye una garantía del derecho a la vida privada y, en especial, a la intimidad personal que constituye su núcleo esencial”<sup>979</sup>. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en STC 85/1994: “la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal”.

## **2.2. Doble dimensión del derecho al secreto de las comunicaciones**

Esta doble dimensión del derecho al secreto de las comunicaciones comprende la libertad de comunicación y el secreto del mensaje. De esta ambivalencia da fe la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que “el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas” (STC 114/1984).

El secreto de las comunicaciones se perfila como una garantía formal, que protege “la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual sea el contenido de la misma. En consecuencia, aunque el tenor de una conversación o el contenido de la correspondencia sea intrascendente y no se exteriorice en ella ningún dato que afecte a la vida privada de quienes se comunican, la captación de la comunicación constituiría una vulneración del secreto de las

---

<sup>978</sup> Martí Mingarro, Luis; “El secreto de las comunicaciones”; “Otroisi”, febrero 1994, pág. 20.

<sup>979</sup> Montañés Pardo, Miguel Angel; *op. cit.*, pág. 22.

comunicaciones, pues se protege la opacidad de la propia comunicación, no de su contenido”<sup>980</sup>.

El concepto de secreto –secreto de las comunicaciones- tiene, según la jurisprudencia del TC, un carácter “formal”, se predica de lo comunicado sea cual sea el contenido<sup>981</sup>.

### **2.3. Legitimación activa y pasiva**

Se trata de un derecho que se reconoce a toda persona, incluidos los extranjeros, puesto que el artículo 18.3 CE no hace distinción alguna. Además, el art. 13.1 CE señala que los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos que reconoce a todos los españoles el Título I de la Constitución<sup>982</sup>.

También son titulares del derecho las personas jurídicas, por tratarse de un derecho que, por su naturaleza, puede ser ejercido por ellas como abiertamente reconoce la jurisprudencia del TC<sup>983</sup>, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, dicho esto hay que precisar también que el secreto de las comunicaciones no afecta a los partícipes en la comunicación, sino sólo a los terceros ajenos a ella: “quien graba una conversación de otros... atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional” (STC 114/1984).

---

<sup>980</sup> Montañés Pardo, Miguel Angel; *op.cit.*, pág. 23.

<sup>981</sup> STC 114/1984.

<sup>982</sup> Alonso Pérez, Francisco; *op. cit.* pág. 24.

<sup>983</sup> STC 137/1985.



## **2.4. Los límites del derecho al secreto de las comunicaciones**

Como escribe Díaz Fernández, España “conoce la necesidad de hacer compatibles las restricciones que conlleva la seguridad con el respeto a los derechos y las libertades de los ciudadanos”<sup>984</sup>.

El derecho al secreto de las comunicaciones no tiene carácter absoluto e ilimitado. La primera limitación deriva del propio art. 18.3 CE: existencia de resolución judicial que la autorice. Además, aunque la CE no lo mencione, no cabe duda de que el consentimiento enerva la protección constitucional.

En cuanto al derecho de los penados, el art. 25.2 CE prevé la posibilidad de que los derechos fundamentales se vean limitados o restringidos, ya sea por el contenido de la pena o por la legislación penitenciaria. Así, el art. 51 de la LOGP<sup>985</sup> reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones y distingue varias modalidades de comunicación, estableciendo un régimen diferenciado para “las comunicaciones genéricas con terceros (ap. 1), que pueden ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente (ap. 5), y otro distinto para las comunicaciones específicas del interno con su Abogado defensor, que no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo resolución judicial y en los supuestos de terrorismo (ap. 2)”<sup>986</sup>.

## **2.5. La suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones**

El art. 55 CE contempla la posibilidad de suspender el derecho al secreto de las comunicaciones en dos supuestos: cuando se acuerde la

---

<sup>984</sup> Díaz Fernández, Antonio; *op. cit.*, pág. 454.

<sup>985</sup> Que se aplica a todos los internos, sean penados, presos preventivos o detenidos.

<sup>986</sup> Sobre el particular puede consultarse una extensa y completa referencia en Montañés Pardo, Miguel Angel; *op. cit.*, pág. 26.

declaración del estado de excepción o sitio y en relación con la investigación de delitos de terrorismo. En el primer caso es una suspensión de “carácter general para todos los ciudadanos, en tanto que en el segundo la suspensión de derechos es de carácter individual”<sup>987</sup>.

Ahora bien, la declaración del estado de excepción o sitio no supone, por sí sola, la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones. Ello se produce en tanto en cuanto la autorización y la declaración así lo estipule<sup>988</sup>. La LO 4/1981 reguladora de los estados de Alarma, Excepción y Sitio permite a la autoridad gubernativa –excepción- o militar –sitio- intervenir toda clase de comunicaciones estableciendo un control judicial *a posteriori*.

En cuanto a la suspensión individual, la LO 4/1988, de 25 de mayo, reformó el art. 579.4 LECr estableciendo que “en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida... podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

Esta posibilidad debe interpretarse restrictivamente, según ha establecido el Tribunal Constitucional, en cuanto que afecta a la limitación de un derecho fundamental, las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente.

---

<sup>987</sup> Alonso Pérez, Francisco; *op. cit.*, pág. 27.

<sup>988</sup> Cruz Villalón, Pedro; Estados excepcionales y suspensión de garantías; Madrid, 1994, pág. 94.

## 2.6. Intervención y observación de las comunicaciones telefónicas

Las intervenciones telefónicas pueden ser definidas como “aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas decretadas y ejecutadas, en el estadio instructor de un proceso penal, bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente y frente a un imputado -ya sea en su calidad de comunicante inmediato o mediato- a los fines de, a través de la captación del contenido de la comunicación o de otros aspectos o caracteres del *iter* comunicador, investigar la comisión de delitos, averiguar los delincuentes y, en su caso, aportar al juicio oral elementos probatorios concretos”<sup>989</sup>.

Es mérito de la LO 4/1988, de 25 de mayo, la introducción, por vez primera en el ordenamiento procesal penal español, de una regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas, atribuyendo en este sentido nuevo contenido al artículo 579 LECr, el cual encierra -en sus párrafos 3 y 4- el desarrollo legislativo de la previsión contenida en el artículo 55.2 CE al autorizar al juez, por resolución motivada y plazo de hasta tres meses prorrogable por iguales períodos, “la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

Como se vio anteriormente en caso de urgencia -dispone el apartado 4 y último del art. 579 LECr- cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o

---

<sup>989</sup> Fernández-Espinar, Gonzalo; “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”; “Revista del Poder Judicial”, nº 32, diciembre de 1993.

elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el artículo 579.3 LECr podrá acordarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fuere ordenada la observación.

### **2.6.1. Garantías constitucionales y procesales para la adopción de las intervenciones**

No cabe duda de que la intervención telefónica exige un monopolio jurisdiccional, esto es, una exclusividad en la atribución judicial, en donde el juez “tiene la primera y la última palabra no sólo de conformidad con las prescripciones de los artículos 24.1 y 117.3 CE, sino, asimismo, al amparo de su obligación de autorizar medidas restrictivas individuales de derechos fundamentales”<sup>990</sup>.

¿Cuál es el tipo de resolución jurisdiccional en la que debe plasmarse la autorización de intervención? El artículo 18.3 CE no responde a esta cuestión ni, asimismo, exige la necesidad de una resolución motivada, si bien “el deber de motivación debe inferirse de los artículos 579.2 y 3 LECr, así como de los preceptos 245.1.b) y 248.2 LOPJ, y, en última instancia, del artículo 24.1 CE teniendo declarado el TC que el principio de proporcionalidad de los sacrificios- es decir, limitación de un derecho fundamental en virtud de una resolución motivada- constituye el fundamento sobre el que descansa la necesidad de justificación y argumentación”<sup>991</sup>.

---

<sup>990</sup> *Ibidem.*

<sup>991</sup> *Ibidem.*

La exigencia de motivación nace no sólo para garantizar el derecho de defensa del afectado, sino, también, para poner de relieve un enjuiciamiento judicial personal subjetivo y previo a la autorización otorgada que dé cumplimiento al principio de proporcionalidad en el marco de “la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que puede resultar afectado”<sup>992</sup>. Exigiéndose en consecuencia un auto, éste debe adecuarse a un “criterio de razonabilidad, que ha de medirse caso por caso”<sup>993</sup>.

## **2.6.2. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

La Circular 1/1999, de 29 de Diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas, recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8 del Convenio de acuerdo con los siguientes parámetros:

- a) La injerencia ha de estar prevista por ley<sup>994</sup>.
- b) La medida ha de ser compatible con la preeminencia del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>995</sup>.
- c) Que la injerencia sea necesaria para conseguir alguno de los fines que están previstos en el art. 8.2 CEDH: salvaguardar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud

---

<sup>992</sup> STC 37/89, de 15 de febrero.

<sup>993</sup> STC 55/87, de 13 de mayo.

<sup>994</sup> SSTEDH 26 de abril de 1979 (caso *The Sunday Times*) y 30 de marzo de 1989 (caso *Chappel*)

<sup>995</sup> STEDH 2 de agosto de 1984 (caso *Malone*).

o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás<sup>996</sup>.

### **2.6.3. Una cuestión semántica: intervención y observación**

Se suele distinguir entre intervención y observación, en el sentido de que en el primer supuesto “se permite conocer el contenido de las conversaciones y los teléfonos a los que se llama desde el aparato interceptado, en tanto que la observación sólo autoriza conocer los números de teléfono a los que se llama. En cualquier caso, la distinción carece de relevancia, ya que será el juez, quien, en su caso, determinará el mandamiento correspondiente al alcance de la medida”<sup>997</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo señala que la diferencia entre intervención y observación telefónica del artículo 579.2 y 3 LECr es puramente gramatical, con el propósito de evitar repeticiones pues en ambos casos se persigue conocer el contenido íntegro de las conversaciones.

---

<sup>996</sup> Sin embargo, existe un organismo dentro de la Unión Europea cuyas actividades difícilmente pueden incardinarse dentro de la doctrina del TEDH: Enfopol. Se trata de un organismo de la Unión Europea para la vigilancia y escucha masiva de teléfonos, faxes, y comunicación por ordenador. Sus orígenes se remontan a la reunión (Trevi) de ministros comunitarios de diciembre de 1991. En un principio, su existencia se mantiene en riguroso secreto, y esto es así hasta que el grupo antiescuchas británico, Statewatch, hace públicos algunos documentos de Enfopol que databan del año 1995. Con posterioridad, el *webzine* alemán Telepolis.de vuelve a alertar sobre su existencia y, finalmente, sale a la luz con la aprobación de la Comisión Europea y el pronunciamiento en contra del Comité Pro Derechos Humanos del Parlamento Europeo. Cuando parecía que iba a ser rechazado por el Parlamento Europeo, es aprobado en mayo de 1999 con los votos favorables de casi todos los grupos políticos de extremo a extremo. El organismo dista mucho de ser pacífico. Sus exigencias de intervención inmediata se comparecen mal con la intervención judicial previa.

<sup>997</sup> Alonso Pérez, Francisco; *op. cit.*, pág. 88.

#### **2.6.4. Telefonía móvil: el problema de la localización y su tratamiento automatizado**

El Tribunal Constitucional<sup>998</sup> considera que es también típica la interceptación de comunicaciones de teléfono inalámbrico –luego no habría extensión analógica del tipo penal– y, en consecuencia, su intervención requiere los mismos presupuestos y requisitos que en los supuestos de telefonía por cable.

Pero la telefonía inalámbrica genera un problema que aún no ha sido abordado. Como bien indica Fernando Davara<sup>999</sup> el aprovechamiento “inteligente” del espacio no deja de crecer en progresión geométrica. Una de las posibilidades que nos ofrecen los satélites es la localización, con una precisión inferior a un metro. Pero en el caso de los teléfonos móviles no son necesarios satélites si no se pretende/necesita una localización con un error de metros/centímetros. La red de itinerancia de la telefonía móvil semeja un panel con celdas hexagonales que recorriesen toda España. Cada vez que se utiliza un repetidor se pasa por una de esas “casillas”. De esta manera es fácil determinar, tras automatizar las llamadas, el recorrido de una persona, a lo largo de un día, dos, una semana, un mes. Y es mucho más importante la información que se obtiene de los pies que la se obtiene de la lengua. Con la lengua se miente, con los pies no. Los pies revelan la radiografía completa de la persona; si va a misa, si recoge a sus hijos, si tiene un amante. Proporcionan una verdad cierta, en cambio la lengua sólo manifiesta una cierta verdad. Son más importantes y más reveladores de la intimidad de una persona los datos,

---

<sup>998</sup> STC 34/1996, de 11 de marzo.

<sup>999</sup> Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; *Gestión...*, op. cit., págs. 207 y ss.

debidamente automatizados, que muestran desde donde se dice que lo que se dice.

A través de la observación o interceptación telefónica puede obtenerse esta información<sup>1000</sup>, que si se solicita por separado, entonces se deben observar las mismas garantías que cuando se pretende conocer el contenido de la conversación, porque ataca el derecho a la intimidad del ser humano en la misma o incluso mayor medida.

#### **2.6.5. Requisitos de las intervenciones telefónicas**

Estos son los requisitos que han de cumplirse en las intervenciones telefónicas realizadas en España según el vigente ordenamiento jurídico:

- a) Exclusividad jurisdiccional: únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer limitaciones.
- b) Finalidad exclusivamente probatoria.
- c) Especialidad de la materia a investigar: hay que indicar el tipo delictivo que se está investigando.
- d) Existencia de indicios delictivos.
- e) Excepcionalidad de la medida: sólo se adoptará cuando no exista otro medio que cause menos daño a sus derechos fundamentales.
- f) Proporcionalidad: sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves, porque grave es también el daño que se causa a la intimidad de la persona<sup>1001</sup>.
- g) Sólo cabe intervenir teléfonos que utilicen personas presuntamente implicadas.

---

<sup>1000</sup> Que resultó relevante para la localización de los responsables del 11-M, por ejemplo.

<sup>1001</sup> TEDH, casos *Kruslin* y *Huving*, sentencias de 29 de septiembre de 1990.



- h) Resolución judicial motivada.
- i) Control judicial de la intervención.
- j) Cotejo por el Secretario Judicial del contenido de las cintas.

## **2.7. Particularidades del derecho al secreto de las comunicaciones, si interviene el servicio de inteligencia**

La LO, 2/2002, reguladora del control judicial previo del CNI establece en su artículo único que “el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten... al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”.

¿Cuándo resultan necesarias? La medida ha de ser necesaria (principio de necesidad), ha de ser idónea (principio de idoneidad de la medida) y no ha de perder de vista la finalidad perseguida (principio de utilidad). Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) la medida habrá de ser autorizada.

La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá “los siguientes extremos: a) Especificación de las medidas que se solicitan. b)

Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas. c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse. d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de... tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad”<sup>1002</sup>. Es una regulación detallada que ofrece suficientes garantías de recibir una respuesta por parte del Magistrado igualmente motivada y detallada.

El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, “la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo”.

## **2.8. Intervención de la correspondencia**

El registro de la correspondencia no ha merecido un tratamiento jurisprudencial tan amplio como el de las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios, estableciéndose en los arts. 579 al 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuales son los requisitos que han de regir cuando de intervenir la correspondencia se trata. La legitimidad de la actuación judicial invadiendo la intimidad de la correspondencia, debe necesariamente acompañarse de un formalismo procedimental imprescindible ante la injerencia

---

<sup>1002</sup> Art. único, LO 2/2002.

que se lleva a cabo, y que pasa “por los siguientes elementos: a) Auto judicial motivado, b) inmediata remisión de la correspondencia al juez o personación de éste en el lugar donde la misma se encuentre y c) apertura por el juez a presencia del interesado o de la persona que éste designe, salvo que no se haga uso del derecho o se encuentre en situación de rebeldía, todo ello bajo la fe del secretario, quien deberá diligenciar cuanto suceda en la apertura”<sup>1003</sup>.

En cuanto a los paquetes postales, cuando el asunto se plantea por primera vez ante el Tribunal Supremo establece que correspondencia equivalía a comunicación por escrito de una persona con otra, mientras que la remisión de unos paquetes postales, aunque se efectuase a través del servicio de correos, no por ello se transformaba en correspondencia, ya que no eran sino simple transmisión de mercancías.

Posteriormente se abrió camino una línea jurisprudencial extensiva con arreglo a la cual los paquetes postales a que aluden “la Constitución y la ley procesal son todos los envíos, que se efectúan por el servicio postal de correos y por extensión de cualquier entidad privada que ofrezca similares servicios, contemplando bajo la protección del derecho a la intimidad de la correspondencia no sólo a las cartas o correspondencia personal, sino a cualquier género de correspondencia postal, ya que a través del mismo se pueden enviar mensajes de carácter personal, cuyo soporte físico no tiene necesariamente que ser epistolar”<sup>1004</sup>.

A partir de la STS de 26 de junio de 1993 la jurisprudencia viene exigiendo “la necesidad de la Autoridad Judicial para la apertura de paquetes

---

<sup>1003</sup> Estrella Ruiz, Manuel; *op. cit.*

<sup>1004</sup> *Ibidem.*

postales”<sup>1005</sup>. Dicha tesis fue refrendada en el pleno de la Sala 2.<sup>a</sup>, en junta general celebrada el 4 de abril de 1995, en el que se adopta un acuerdo basado en “tres puntos: a) Bajo la protección del derecho a la intimidad, se encuentran no sólo las cartas, sino todo género de correspondencia postal, entre ella, los paquetes postales al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial. b) La detención y registro de la correspondencia queda bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, por lo que la diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman deviene nula. c) El reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuántos ostenten etiqueta verde”<sup>1006</sup>.

## **2.9. Las comunicaciones telemáticas y el art. 18.4 de la CE**

Dice el art. 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En el futuro próximo los Gobiernos deberán hallar la manera de luchar contra las nuevas formas y métodos que adopta la delincuencia sin vaciar de contenido las libertades ciudadanas; “cómo poner límites y regular las diversas actividades humanas que Internet permite desplegar para proteger la libertad misma en la que se apoya; cómo extender

<sup>1005</sup> Alonso Pérez, Francisco; *op. cit.*, pág. 57.

<sup>1006</sup> “En relación a los envíos de paquetes con etiqueta verde... conviene tener presente el XX Congreso de la Unión Postal Universal de Washington de 14 de diciembre de 1989 y su reglamento, que fueron ratificados por España el 1 de junio de 1992, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico. En el art. 20 del citado acuerdo (BOE de 30 de septiembre de 1992), se prohíbe incluir en los paquetes de toda clase, documentos que contengan el carácter de correspondencia personal, advirtiéndose en el mismo la exoneración de responsabilidad de la Administración del Estado por las decisiones de los servicios de aduanas al efectuar la verificación de los envíos sujetos a control aduanero, estableciéndose en el art. 117 del citado convenio, que los paquetes que deban someterse a control aduanero deberán llevar etiqueta verde. Por consiguiente, una vez se acepta el envío bajo etiqueta verde se están aceptando implícitamente todas sus consecuencias, y al estar entre ellas el control aduanero de su contenido, por decirlo de algún modo se está renunciando a la intimidad y secreto de su contenido”. Estrella Ruiz, Manuel; *op. cit.*

la vigilancia policial a los contenidos de las comunicaciones cibernéticas sin violar los derechos fundamentales conquistados para las sociedades democráticas”<sup>1007</sup>.

La criptografía es una verdadera garantía material del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, se plasma “en el derecho de cada usuario de Internet o de correo electrónico de proteger sus comunicaciones en el espacio cibernético mediante el cifrado de su contenido. Este derecho debe igualmente garantizarse al ciudadano, y sus posibles limitaciones, respetar su relevancia”<sup>1008</sup>.

La Ley General de Telecomunicaciones de 1998, que recoge expresamente este derecho en su art. 52, incide en el desarrollo material y concreto del secreto de las comunicaciones, hasta el punto de que en sus arts. 49 y 51 “se remite de modo explícito a la Constitución y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de lo cual no ostenta el rango de Ley Orgánica. En consecuencia, tampoco cabe admitir que, cuando en su art. 52 se prevé la posibilidad de obligar al ciudadano a entregar su clave criptográfica a algún tipo de organismo público, se esté estableciendo una limitación eficaz en el ejercicio del derecho citado”<sup>1009</sup>.

Cuando se fuerza a un ciudadano a entregar sus claves a la autoridad pertinente se está infringiendo un derecho fundamental: el derecho a no autoincriminarse. La lucha contra la delincuencia internacional no puede

---

<sup>1007</sup> Navarro González, Blas Alberto; Criptología y Libertades Públicas; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.

<sup>1008</sup> *Ibidem*.

<sup>1009</sup> *Ibidem*.

implicar en ningún caso la abrogación de los principios constitucionalmente declarados.

La lucha electrónica contra el delito debe pasar por el control judicial previo que garantice los derechos de los ciudadanos. También es necesario una mayor cooperación de las autoridades norteamericanas que es donde están residenciados la mayoría de grandes nodos y servidores de Internet<sup>1010</sup>.

La situación española por lo que respecta a la protección de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio respecto de las actividades de los servicios de inteligencia es una de las más avanzadas del mundo occidental gracias al control judicial previo<sup>1011</sup>. Pese a que el nuevo sistema lleva en funcionamiento apenas un lustro y aún no se han planteado casos de enjuiciamiento en los tribunales, tanto el poder judicial como los servicios de inteligencia están muy contentos con su funcionamiento<sup>1012</sup>.

Las nuevas leyes promulgadas en el año 2002<sup>1013</sup> garantizan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE y también el derecho a la tutela judicial efectiva pergeñado en el art. 24 CE.

Sin embargo, la habilitación de la LGT respecto de la posibilidad de obligar a depositar los algoritmos de encriptación puede chocar con el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Esto puede salvarse aplicando el mismo criterio de control judicial previo tal y como se realiza en los supuestos anteriores.

---

<sup>1010</sup> Sobre los problemas de la jurisdicción y la legislación aplicable al ciberespacio puede verse García Sanz, Rosa María; El derecho de autor en Internet; Madrid, 2005, págs. 144 y ss. El comandante de la Guardia Civil, jefe de la unidad de delitos telemáticos, comentó en las jornadas de Ciberdefensa celebradas en Noviembre de 2010 en la Universidad Europea que la situación no mejora, la dificultad para detener a los ciberdelincuentes es cada vez mayor. El comercio electrónico no despegará aunque sí lo ha hecho la utilización de facturas electrónicas por las empresas. Carrión, Davara, De Salvador; La factura electrónica; Madrid, 2008, *passim*.

<sup>1011</sup> Navarro Bonilla, Diego y Esteban Navarro, Miguel Ángel; Terrorismo, *op. cit.*, pág. 124.

<sup>1012</sup> Discurso de apertura del Segundo Congreso de Inteligencia a cargo del Secretario de Estado Director.

<sup>1013</sup> Junto con la Ley 62/2003, que modifica el art. 72 de la Ley 11/2002.

## **Conclusiones**

**4. Más fundamento democrático, más pluralidad de servicios, más eficacia.** La mayoría de los teóricos coincide en señalar que el estado democrático de derecho se configura como una delicada balanza de poderes contrapuestos. Ningún poder puede estar por encima de los demás ni condicionar su existencia. El control recíproco garantiza la libertad y los derechos de los ciudadanos. Sobre esta base doctrinal se configuran, o deberían configurarse, los servicios de inteligencia de los estados democráticos occidentales puesto que mientras a los gobiernos les corresponda la función ejecutiva del estado, habrá servicios de inteligencia que colaborarán en la toma y ejecución de sus decisiones. Su extensión, regulación y contenido dependerán de la necesidad de inteligencia y del ordenamiento jurídico del país considerado en un momento dado.

El poder ejecutivo sigue siendo opaco, con el apoyo silente de la Constitución en vigor. Urge, frente a este descontrol de uno de los tres poderes, una nueva Ley de Secretos Oficiales que actualice la existente y haga frente a los desafíos de las nuevas tecnologías en materias clasificadas e infraestructuras críticas de telecomunicaciones evitando conceptos jurídicos indeterminados, una ley que se asiente sobre la base del principio de publicidad, que garantice el control de los secretos

por los tres poderes, que explice con la mayor precisión posible las áreas sujetas al secreto, que aclare sin ningún género de duda quién y cómo califica, clasifica y desclasifica. Debe reforzarse el control por parte del poder ejecutivo y aumentar la transparencia en aras de la eficacia de la propia comunidad de inteligencia. El control legislativo no debe ser abolido u obviado por el hecho de que existan filtraciones sino que los responsables de tales filtraciones han de ser procesados. Desde el punto de vista del derecho comparado, el ordenamiento jurídico español facilita el control de los secretos de estado a un nivel similar al que puede darse en Alemania aunque allí aún no ha habido ningún pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. En el otro extremo se encuentra Francia donde las posibilidades de control son prácticamente nulas para el Parlamento, ya que a tenor del artículo 7 de las Ordenanzas de 17 de Noviembre de 1958, las Comisiones de investigación y de control tienen impedido el acceso a secretos que se refieran a la defensa nacional, los asuntos exteriores y la seguridad interior o exterior del Estado y están sumamente restringidas para los órganos judiciales.

- 5. El derecho a saber, fundamento del derecho de acceso a información pública.** En el terreno de los principios, valores y derechos de las democracias, la regla general es, o debería ser, la publicidad, y la excepción, el secreto porque el secreto, como apuntaba Beccaría, es el más fuerte escudo de la tiranía. En esta misma línea coincide la doctrina iusinformativa mayoritariamente, según se ha visto en texto. El público



tiene derecho a conocer y los servicios tienen el deber de ocultar, pero no todo. La parte que puede ser conocida debe serlo, porque el ciudadano tiene derecho, porque el conocimiento anula el miedo –se teme lo que no se conoce-, porque mejora la imagen del servicio a los ojos del ciudadano y porque, en última instancia, las informaciones de los servicios de inteligencia o sobre ellos siempre despertarán el interés público. Así, mientras que es secreto el nombre de un agente cualquiera no lo es el de su director. Son secretas las operaciones encubiertas, pero no lo son las conferencias ni los seminarios a los que sus miembros suelen acudir. En consecuencia, hay una parte considerable de información concerniente a servicios de inteligencia que no está sujeta a ningún tipo de restricción informativa y esa parte debe ser lo más amplia posible. El material clasificado, por lo tanto, debería ser desclasificable lo antes posible porque el estado natural de la documentación “pública” es la publicidad. Aunque sólo se proporcione a los ciudadanos el uno por ciento de información sobre los servicios de inteligencia, la publicidad, la transparencia, debería ser el principio general de actuación. Conocer tanto como sea posible sobre la actividad de los servicios es bueno porque desde los filósofos de la antigua Grecia sabemos que se ama lo que se conoce, el conocimiento pone de relieve las bondades (el trabajo) que realizan, muestra también claramente las ineficacias (lo cual es bueno asimismo porque permite corregirlas), evita tentaciones de acudir a terrenos que no son suyos y refuerza su compromiso con el estado de derecho.

Igualmente, es un contrasentido socavar los principios constitucionales en nombre de la seguridad nacional puesto que esos principios son garantía y fundamento del orden público y de la paz social. No es posible arremeter contra la paz social en nombre de la seguridad nacional.

Lo que resulta incompatible con el estado de derecho no es la existencia de secretos, sino que estos escapen a la ley, “que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable”. Según Desantes, el Estado democrático de derecho plantea dos exigencias: el control del que gobierna y la participación de los ciudadanos en el gobierno. Los secretos son necesarios pero deben ser controlados. Por eso, *de lege ferenda*, al regular el derecho a saber y su excepción, los secretos de Estado, debe abordarse con claridad quién decide qué cosa sea la que causa daño a la seguridad nacional, cómo y ante quién se articula un recurso judicial si la decisión es negativa y sobre todo deberá “definir(se) el conflicto” con el mayor detalle posible para evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad.

**6. Pluralidad de servicios de inteligencia, objetivo de los servicios de inteligencia españoles.** En este marco, la pluralidad de servicios de inteligencia, además de corresponderse mejor con la esencia de un sistema democrático, por cuanto permite dividir y contrapesar los poderes, ha demostrado ser más eficaz. En aras de una mayor eficacia, la comunidad de inteligencia española debería quedar configurada de manera expresa con tres grandes servicios principales (exactamente

igual que están configurados los de las democracias occidentales de nuestro entorno, facilitando así el intercambio de información y la cooperación entre servicios con las ventajas derivadas de responder al mismo *standard*): el servicio interior, prioritariamente dedicado a contrainteligencia, integrado por los servicios de información de la policía y la guardia civil; el exterior (CNI); y el militar, pues estos asuntos tienen especificidad propia y requieren de sus propios organismos capaces de atender la particularidad de sus necesidades. Cabría asimismo la posibilidad de establecer dos servicios autónomos –integrados, como ya están, o no, en alguno de los principales (la práctica diaria y el presupuesto disponible tendrían la última palabra)- dedicados a comercio y nuevas tecnologías (Centro Criptológico Nacional). Todos ellos, conjuntamente considerados, constituirían la comunidad de inteligencia española.

Además de todo lo expuesto no hay que perder de vista que el mantenimiento de un solo servicio permite a su director asignar las principales partidas del presupuesto bien a interior, bien a exterior, siendo él quien, de hecho, realmente determina las necesidades de información del país pudiendo enmendar contablemente lo establecido en la Directiva de Inteligencia. En buena lógica democrática debiera ser el gobierno quien precisase ambas partidas *de motu proprio* –de la misma forma que acota los presupuestos del ministerio del Interior y de Asuntos Exteriores y no lo hace ninguno de sus funcionarios- porque son partidas cruciales para el buen gobierno de España, que entran de lleno en su responsabilidad política, y porque tal responsabilidad corresponde

al poder ejecutivo y no a un funcionario del Estado, ni siquiera teniendo la consideración de Secretario de Estado como es el caso en la actualidad. (Art 97 CE, el Gobierno dirige la política interior y exterior).

**7. Normativa española actualizadora del régimen jurídico de los servicios de inteligencia.** Las constituciones occidentales se componen de dos grandes apartados: por un lado, se encuentra la parte dogmática, en la que se reconoce a los ciudadanos sus derechos fundamentales y por otro, la parte orgánica, en la que se regulan las instituciones (poderes) básicos del Estado. La Constitución española de 1978, a diferencia de otras constituciones europeas, no contiene ninguna referencia expresa a los servicios de inteligencia en ninguna de ambas partes. Cuando fue redactada, se argumentó que los servicios de inteligencia no son una institución básica del Estado, luego no era necesaria su inclusión en la Constitución. Sin embargo, la actividad diaria de los servicios de inteligencia puede afectar decisiva y masivamente –escuchas, por ejemplo- a derechos fundamentales de los ciudadanos, *ergo* merecerían una regulación constitucional. Su importancia es vicaria, pues no son relevantes constitucionalmente *per se*, sino como consecuencia de su actividad, a pesar de lo cual se observa que hasta las dos leyes de fecha 6 de mayo de 2002, casi toda la regulación concerniente a los servicios de inteligencia tuvo carácter reglamentario. Se puede decir sin temor a errar que hasta el año 2001, la regulación de nuestros servicios de inteligencia era fragmentaria y, en parte, pre-constitucional.

Los artículos de la constitución española que podrían amparar la existencia de los servicios de inteligencia serían los siguientes:

- a. el artículo 149.1.4, que otorga en exclusiva al Estado la competencia sobre el área de defensa, podría bastar por sí sólo para cimentar constitucionalmente los servicios de inteligencia españoles conectándolos con la idea de defensa nacional.
- b. El artículo 149.1.3, que atribuye al estado la competencia exclusiva en cuanto a las relaciones internacionales podría fundamentar la existencia de servicios de inteligencia del estado dedicados a la recogida y análisis de información exterior.
- c. El artículo 8.1 atribuye a las Fuerzas Armadas la defensa del ordenamiento constitucional, lo que justificaría la existencia de servicios de inteligencia tanto internos como externos.
- d. El artículo 149.1.29 establece la competencia exclusiva del estado en materia de seguridad pública sin perjuicio de la posibilidad de crear policías autonómicas por las Comunidades Autónomas según dispongan sus respectivos Estatutos. Esto permitirá a las Comunidades Autónomas arrogarse la potestad de policía, pero no la actividad de información que es competencia exclusiva del estado. Ésta es una diferencia entre Alemania y España pues los *Länder* pueden disponer de servicios de inteligencia y no de meros servicios de información insertados en las policías autónomas como es el caso de España.

**8. Deficiencias en la normativa española actualizadora del régimen jurídico de los servicios de inteligencia.** Destaca el reconocimiento expreso, por vez primera en la legislación española, de que es deseable la existencia de una comunidad de inteligencia –art. 6.1 Ley 11/2002–, aunque

- a. ni se asocian a ella las bondades que podrían derivarse desde un punto de vista jurídico, a saber, el establecimiento o identificación de un régimen jurídico común, o al menos supletorio, en aspectos importantes como el del estatuto del personal al servicio de estos órganos, sus propias competencias, las garantías de su actividad y los controles a que debieran someterse,
- b. ni existe representación tecnológica en la Comisión Delegada del Gobierno. Pero, puesto que la economía y las nuevas tecnologías son las dos áreas que más recientemente han incorporado como merecedoras de su atención los servicios de inteligencia, no se entiende por qué una ha de estar representada y la otra, no.
- c. *De lege ferenda*, convendría, además, que se identificara, lo más precisamente posible, el mandato que vaya a detentar la dirección del centro. De esta manera sería posible garantizar la fortaleza de la dirección frente al gobierno y la asunción de responsabilidades en caso de violación del mandato.
- d. Sería deseable una modificación de la ley de control judicial previo dotándola de mayor precisión en su contenido, introduciendo la figura del ministerio fiscal como garante de la legalidad y permitiendo el examen *in camera* por el juez del caso

de las actuaciones llevadas a cabo por el Magistrado asignado a los casos del CNI. Facilitaría la tutela judicial efectiva y evitaría disonancias con el TEDH.

**9. Orientación doctrinal y activos de la normativa actualizada de los servicios de inteligencia españoles.**

- a. La filosofía de la ley -11/2002- no podía ser otra que la de terminar con la dispersión normativa que regula los servicios de inteligencia españoles, dar a los mismos una regulación legal y sujetarlos a las prescripciones del estado de derecho.
- b. En este sentido, los criterios inspiradores de la ley, según los arts. 2.1 y 2.3, son el principio de sometimiento del centro al ordenamiento jurídico y los principios de eficacia, especialización y coordinación.
- c. Las propias altas instancias judiciales españolas han entendido que llenar un vacío legal evidente es uno de los valores de la reciente normativa.
- d. Como son también valores suyos la consagración de las autorizaciones judiciales, respaldadas por sanción penal, de las acciones de los servicios de inteligencia que afecten o puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas,
- e. al igual que introducir el control parlamentario por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a través del control de los fondos reservados y mediante la fiscalización de los objetivos anuales del Centro.

- f. Del mismo modo, se puede afirmar que *de lege lata*, cabe “un control de constitucionalidad, ceñido a la comprobación de si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza, como dice la STC 55/1996 (con cita de las SSTC 66/1985, 19/1988, 50/1995), para comprobar si, de modo manifiesto, existen medios alternativos menos restrictivos de derechos para la consecución, igualmente eficaz, de las finalidades queridas por el legislador”.
- g. Las objeciones principales al control judicial de los servicios de inteligencia han tenido que ver con:

1. la necesaria (o no) renuncia a alguna de las características inherentes al poder judicial para poder conocer de esta materia (principios de publicidad y contradicción).

Una interpretación sistemática de los artículos 24 CE y 105.b) permitiría el examen *in camera* de las pruebas pues este último artículo supone un límite al acceso a los archivos por parte de los ciudadanos, pero no por parte de los jueces, lo que permitiría interpretarlo como una excepción al artículo 24 CE, de suerte que, por un lado, se garantizaría la tutela judicial (art. 24 CE) y, por otro, se impediría la tutela de materias que afectan a la seguridad nacional.



2. el hecho de juzgar con criterios jurídicos lo que tiene naturaleza esencialmente política.

Sin embargo, los jueces españoles conocen de otros asuntos que tienen naturalezas esencialmente bien distintas a las jurídicas y los resuelven mediante la aplicación de la ley, los principios generales del derecho, la ayuda de peritos y, caso de conflicto de derechos, como es el caso que nos ocupa, ponderando los derechos en conflicto, independientemente de su naturaleza. Por muy político o discrecional que sea el acto, siempre hay una posibilidad de control judicial,

Sin embargo, el hecho de que el art. 106.1 de la CE atribuya a los Tribunales el control “de la potestad reglamentaria y de la legalidad administrativa”, sin excepción alguna, y que el art. 24.1 del mismo texto considere fundamental el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, también sin excepciones, “sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, permite entender que es inexcusable el control judicial de los secretos de Estado.

**10. La responsabilidad del gobierno en la gestión de los servicios de inteligencia y de los secretos oficiales.** *De lege lata*, la dependencia de los servicios de inteligencia de la presidencia del gobierno por

intermedio de una persona de la confianza del presidente, que coordine su actividad, es el camino que parece haber emprendido nuestra actual legislación pues es el vicepresidente del gobierno designado por el presidente el encargado de presidir la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia y así ha de ser por cuanto el objetivo de un servicio de inteligencia es colaborar en la idoneidad de la acción de gobierno y tal y como está configurado nuestro sistema político, de forma y manera presidencialista, es el presidente del gobierno la figura clave en la toma de las grandes decisiones que afectan a los intereses vitales del estado. En consecuencia, frente a la trayectoria previa a la regulación de 2002, marcada por la inexistencia de control ejecutivo eficaz que no pasara por la destitución del Director, ligada a un planteamiento de principio basado en que la ignorancia evita la culpa y, por tanto, la responsabilidad política, *de lege ferenda* debe tenerse en cuenta que la culpa está ligada tanto a la acción como a la omisión, y si el gobierno no controla a sus servicios de información es culpable *in vigilando* y culpable *in eligendo*, porque es el gobierno quien designa a su director y máximo responsable.

Del mismo modo, debe considerarse que el secreto no puede amparar la mentira del poder ejecutivo. Es aceptable secreto *quia securitas*. Es inaceptable la alianza del secreto con la mentira. El caso de los *Pentagon Papers* ha sido trascendente, también, para la carga de la prueba. Desde él, se ha admitido que la prueba, *probatio diabolica*, es responsabilidad de la autoridad que hurta el documento al conocimiento público.

**11.El estatuto jurídico del personal de los servicios de inteligencia y los derechos fundamentales propios, de acuerdo con la normativa actualizadora del régimen jurídico de los servicios de inteligencia. El incumplimiento del principio constitucional de legalidad.** Tanto por ley, como de hecho, los deberes que afectan a los miembros del centro presentan un particular interés jurídico porque limitan derechos fundamentales.

- a. Así, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) queda afectado por los artículos 37 y 41 del Estatuto de Personal que exigen llevar una vida sin acciones que ocasionen vulnerabilidades al agente y dar toda la información que se le solicite sobre sus bienes y patrimonio, respectivamente.
- b. El derecho a la información, una de cuyas facultades es la difusión libre de información (art. 20 CE), queda capitidisminuido por la obligación de guardar secreto sobre todo lo que conoció a lo largo de su vida laboral, incluso después de haber cesado en sus funciones (art. 38, deber de reserva, del Estatuto de Personal).
- c. Las causas de cese afectan también a derechos fundamentales: haber revelado –libertad de expresión-, haberse sindicado, - libertad sindical-.

En consecuencia, cabe hacer al Estatuto una crítica radical: la ruptura del principio de legalidad al responder a la forma normativa de Decreto.

**12. Los derechos personales de los ciudadanos, tras la actualización normativa de los servicios de inteligencia.** Las leyes promulgadas en el año 2002 garantizan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE y también el derecho a la tutela judicial efectiva pergeñado en el art. 24 CE. Sin embargo, la habilitación de la LGT respecto de la posibilidad de obligar a depositar los algoritmos de encriptación puede chocar con el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Esto puede salvarse aplicando el criterio del control judicial previo. La existencia de una esfera privada protegida de intrusiones del poder o de otros individuos constituye el primer fundamento de una sociedad de individuos libres. Sólo la existencia de esa esfera privada permite disfrutar de una vida personal digna y desarrollar plenamente la idea de libertad. La libertad ha de ser la referencia primera y última de los servicios de inteligencia. La libertad fundamenta y justifica la existencia de los servicios de inteligencia. El estado, el estado de derecho, el imperio de la ley tiene por finalidad la defensa de la libertad de los ciudadanos que son los titulares de los derechos recogidos en la constitución. A los servicios de inteligencia compete ayudar al ejecutivo en el proceso de toma de decisiones para garantizar la libertad de los ciudadanos. El fin de la seguridad es permitirnos vivir en libertad. La seguridad es el medio, la libertad es el fin. En un estado democrático de derecho las actividades de estos servicios no pueden representar una amenaza para los principios de su ordenamiento constitucional. “La convicción de que la seguridad es garantía de la libertad y de la democracia pero que sin libertad y

democracia no puede existir seguridad constituye uno de los principios ideológicos de la sociedad occidental sobre los que se levantan sus estructuras jurídicas, económicas y políticas”. Debe quedar definitivamente desterrada la cultura jurídica que impone la seguridad nacional como valor preponderante sobre cualesquiera otros que con él pudieran entrar en conflicto. Y la actual normativa española sobre servicios de inteligencia, que avanza en esa dirección, así lo demuestra, según ha quedado probado en esta tesis doctoral.

## **Bibliografía**

1. "ABC", 8 de Marzo de 2002.
2. "ABC", 15 de julio de 2004.
3. "ABC", 27 de diciembre de 2010.
4. Alonso Pérez, Francisco; Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas; Madrid, 2001, ISSN 1577-208 X.
5. Alvarez Conde, Enrique; "La necesidad de una reforma: Los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997"; San Sebastián, 2004 (Dvd de publicaciones del CGPJ, ISSN 1577-208 X).
6. Álvarez Conde, Enrique, "El temor del príncipe o el temor al príncipe (secretos de estado y constitución)", "Revista del Poder Judicial", nº 45, edición electrónica, ISSN 1577-208 X.
7. Alvarez Vélez y Alcón Yustas; Las constituciones de los quince Estados de la Unión Europea; Madrid, 1.996.
8. Arendt, Hannah; Los orígenes del totalitarismo; Madrid, 1974.
9. Aristóteles; Metafísica; Madrid, 1982.
10. Bobbio, Norberto; "El futuro de la democracia", "Revista de las Cortes Generales", nº 2.
11. Bacon, Francis; El avance del saber; Madrid, 1988.
12. Balagué, Guillén; "Encarcelado un ex espía británico acusado de desvelar secretos", "El Mundo", 3 de agosto de 1998.
13. Barcelona Llop, Javier; El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
14. Bardají, Rafael, y Cosidó, Ignacio, La racionalización de los servicios de inteligencia, Madrid, 1995.
15. Bardavío, Cernuda y Jáuregui; Servicios Secretos; Barcelona, 2000.
16. Barrientos Pacho, Jesús María; Entrada y registro en domicilio particular (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004 ISSN 1577-208 X.

17. Bastida Freijedo/Villaverde, Francisco J./Ignacio; Libertades de Expresión e Información y Medios de comunicación; Pamplona, 1998.
18. Baudrillard, Jean; "Le Monde", 3 de noviembre de 2001.
19. Beevor, Antony; Stalingrado; Barcelona, 2003.
20. Beschloss, Michael; "El fin de la Presidencia Imperial"; "El Mundo", 19 de diciembre de 2000.
21. Berger, Raoul; Executive privilege. A constitutional Myth; Cambridge (Massch. USA), 1974.
22. Borgs-Maciejewski, Hermann; Was jeder vom Verfassungsschutz wissen sollte. Aufgaben. Methoden. Organisation; Heidelberg, 1988.
23. Brody, Reed; "El recorte de las libertades públicas", "El País", 10 de diciembre de 2001.
24. Cane, Peter; An introduction to Administrative Law; Oxford, 1997.
25. Canetti, Elías; Masa y poder; Barcelona, 1977.
26. Carrión, Davara, De Salvador; La factura electrónica; Madrid, 2008.
27. Castán Tobeñas, José; Los derechos del hombre; Madrid, 1976.
28. Cernuda, Pilar, Jáuregui, Fernando y Menéndez, Manuel Angel; 23-F: La conjura de los necios; Madrid, 2001.
29. Cervantes, Miguel de; El ingenioso hidalgo Don Quixote de la Mancha; Madrid, 2004.
30. Chalvidant, Jean; 11-M: La manipulación; Madrid, 2004.
31. Chambon, Pierre; "Analyse et commentaire de la Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications"; "Actualité Legislative Dalloz", n° 22/91, de 26 de Diciembre.
32. Cioran, Emil; Conversaciones; Barcelona, 1996.
33. Colby, William; Honorable Men. My life in the CIA, Nueva York, 1.978.
34. Cousido González, M<sup>a</sup> Pilar; Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento; Barcelona, 1995.
35. Cousido González, M<sup>a</sup> Pilar; Derecho de la Comunicación (Vol. I, Derecho de la Comunicación Impresa); Madrid, 2001.

36. Cousido González, Pilar y Gutierrez David, Estrella (Coordinadoras); La transparencia en el sector audiovisual; Barcelona, 2008.
37. Cruz Moratones, Carlos; Información y art. 18.1 CE (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
38. Cruz Villalón, Pedro; Estados excepcionales y suspensión de garantías; Madrid, 1994.
39. Dahl, Robert; Democracy and its critics; Londres, 1989.
40. De Lucas, Javier; "De secretos mentiras y razones de estado"; Claves de Razón Práctica nº 52.
41. Del Aguila, Rafael; Las estrategias políticas en Maquiavelo; Madrid, 1998.
42. Del Aguila, Rafael; La senda del mal: Política y razón de estado, Madrid, 2000.
43. Del Aguila, Rafael; "Razón de Estado y razón cívica", "Claves de Razón Practica", nº 52.
44. Desantes Guanter, José María; La función de informar; Pamplona, 1976.
45. Desantes Guanter, José María; *Apuntes sin editar*, Madrid, 1983.
46. Díaz, Elías; Estado de derecho y sociedad democrática; Madrid, 1988.
47. Díaz Fernández, Antonio; Los servicios de inteligencia españoles; Madrid, 2005.
48. Díez Picazo, Luis María; Sobre secretos oficiales; Madrid, 1998.
49. Díez Picazo, Luis María; Publicidad y secreto en la Constitución (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
50. Díez-Picazo, Luis María; "El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia de conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995", "La Ley", nº 3952 (1996).
51. "El Mundo", "Los servicios de inteligencia interior de Israel, Shin-Beth, torturan al 85% de los Palestinos detenidos", 15 de mayo de 1998.
52. "El Mundo" de 5 de abril de 1998.
53. "El Mundo", 20 de abril de 1998.



54. "El Mundo", 5 de diciembre de 1998.
55. "El Mundo", 30 de abril de 2008.
56. "El Mundo", 19 de diciembre de 2010.
57. "El Mundo", 6 de enero de 2011.
58. "El País", 30 de marzo de 1997.
59. "El País", editorial del día 27 de octubre de 2008.
60. "El País", 28 de octubre de 2008.
61. Emde, Heiner; Verrat und Spionage in Deutschland; Munich/Zurich, 1980.
62. Escobar de la Serna, Luis; Manual de Derecho de la Información; Madrid, 1997.
63. Esteban Navarro, Miguel Angel; "Necesidad, fundamento y misión de un servicio de inteligencia para la seguridad y la defensa", "Cuadernos de Estrategia del Ministerio de Defensa nº 127".
64. Esteban Navarro, Miguel Angel; Glosario de inteligencia; Madrid, 2007.
65. Estrella Ruiz, Manuel; Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.; (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
66. Faligot y Krop, La piscine, París, 1.985
67. Fassó, Guido; Historia de la Filosofía del Derecho (Vol. II); Madrid, 1981.
68. Fernández-Espinar, Gonzalo; "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal"; "Revista del Poder Judicial", nº 32, diciembre de 1993.
69. Flamini/Nunziata, Gianni/Claudio; Segreto di Stato; Roma, 2002.
70. Fraguas, Rafael; "Servicios secretos y Razón de Estado"; "Claves de Razón Práctica", nº 14.
71. Fromm, Erich; El miedo a la libertad; Barcelona, 2003.
72. Fukuyama, Francis; "¿El final de la historia?"; "Claves de Razón Práctica", nº 1.

73. Fukuyama, Francis; "El fin de la Historia sigue vigente", "La Razón", 12 de octubre de 2001.
74. Gallego Anabitarte, Alfredo; Derechos fundamentales y garantías constitucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial; Madrid, 1994.
75. García Añoveros, Jaime; "Europa y la libertad", "Claves de Razón Práctica", nº 61
76. García Arias, Luis; La guerra moderna y la Organización Internacional; Madrid, 1962.
77. García de Enterría, Eduardo; Democracia, Jueces y control de la Administración; Madrid, 1997.
78. García de Enterría/Fernández, Eduardo/Tomás-Ramón; Curso de Derecho Administrativo; Madrid, 1986.
79. García Fernández, Javier; El Gobierno en acción; Madrid, 1995.
80. García Mostazo, Nacho; Libertad Vigilada; Barcelona, 2003.
81. García Sanz, Rosa María; El derecho de autor en Internet; Madrid, 2005.
82. Gehlen, Reinhard; Der Dienst. Erinnerunge 1942-1971; Stuttgart, 1971.
83. Godson, Roy; Intelligence Requeriments for the 1990's; Washington, 1989.
84. Gómez-Reino, Enrique; "El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales", "Revista Española de Derecho Administrativo" n.º 8, enero-marzo 1976.
85. González, Miguel; "El CNI contratará más de 250 agentes para reforzar la lucha contra el terrorismo"; "El País", 13 de octubre de 2004.
86. González, Miguel; "Un general estará al frente del CIFAS, la nueva agencia de espionaje militar"; "El País", 9 de febrero de 2001.
87. Gordon, Thomas; Mossad, Buenos Aires, 2000.
88. Gordon, Thomas y Dillon, Martin; El espía del Mossad; Barcelona, 2004.
89. Gracián, Baltasar; El Crítico; Madrid, 1996.
90. Gutiérrez David, María Estrella; *Apuntes sin editar*, Madrid, 2004.

91. Habermas, Jürgen; Historia y crítica de la opinión pública; Barcelona, 1981.
92. Habermas/Rawls, Jürgen/John; Debate sobre el liberalismo político; Barcelona, 1998.
93. Haro Tecglen, Eduardo; "Miedo a la seguridad", "El País", 20 de noviembre de 2001.
94. Hayek, Friedrich; Camino de Servidumbre; Madrid, 2002.
95. Hernández Gil, Antonio; "El ordenamiento jurídico en la Constitución Española de 1978", "Suplemento al nº 7 de la Revista de Política Comparada".
96. Hitler, Adolf; Mein Kampf; Londres, 1939.
97. Inman, Bobby; "Déficit de Información", "El Mundo", 11 de octubre de 2001.
98. Jiménez de Parga, Manuel; Los regímenes políticos contemporáneos; Madrid, 1990.
99. Jiménez Losantos, Federico; La dictadura silenciosa; Madrid, 1993.
100. Jiménez Losantos, Federico; Lo que queda de España; Madrid, 1995.
101. Kissinger, Henry; Diplomacia; Barcelona, 1996.
102. Kriele, Martin; Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos constitucionales de la legitimidad del estado constitucional democrático; Buenos Aires, 1980.
103. Kundera, Milan; La inmortalidad; Barcelona, 1990.
104. Kundera, Milan; La insoportable levedad del ser; Barcelona, 1993.
105. Kundera, Milan; Los Testamentos Traicionados; Barcelona, 1994.
106. Küng, Hans; El cristianismo; Madrid, 1997.
107. "La Repubblica", 17 de octubre de 1996.
108. La Santa Biblia; Madrid, 1986.
109. Lasswell, Harold; National Security and Individual Freedom; Nueva York, 1950.
110. "Le Figaro", 9 de marzo de 1995.
111. Legaz y Lacambra, Luis; Filosofía del Derecho; Barcelona, 1961.
112. Leigh, David; The frontiers of secrecy. Close Government in Britain; Londres, 1980.

113. Leigh, Ian; *"Secrets of the Political Constitutions", "The Modern Law Review"*, 1999.
114. Los tratados internacionales sobre protección de la información clasificada suscritos por España; Madrid, 2009.
115. Lozano, Blanca; La desclasificación de los secretos de Estado; Madrid, 1998.
116. Lucas Murillo, Pablo; El derecho a la autodeterminación informativa; Madrid, 1990.
117. Mantilla Pineda, Benigno; Filosofía del Derecho; Medellín, 1961.
118. Manzano Sousa, Manuel; La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea; Madrid, 1996.
119. Maquiavelo, Nicolás; El Príncipe; México, 1981.
120. Marchetti, Victor; La CIA y el culto del espionaje; Barcelona, 1975.
121. Marquina, Antonio; Una reestructuración y profesionalización de los servicios de información; "Cuenta y Razón", nº 87.
122. Martí Mingarro, Luis; "El secreto de las comunicaciones"; "Otrosí", febrero 1994.
123. Matia Portillo, Francisco Javier; El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; Madrid, 1997.
124. Medina, Carlos; "Un escándalo de espionaje político ensombrece las elecciones en Suecia", "El Mundo", 20 de septiembre de 1998.
125. Medina, Manuel; "Conclusiones del coloquio de Roma sobre la Constitución española", "Suplemento al nº 7 de la Revista de Política Comparada".
126. Meiklejohn, Alexander; "The Balancing of Self-Preservation Against Political Freedom"; "Revista de Derecho de California", nº 49.
127. Mestre Delgado, Juan Francisco; El acceso a los registros administrativos: un derecho de la nueva generación (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
128. Mitgang, Herbert; Dangerous Dossiers; Nueva York, 1988
129. Montánchez, Enrique; "Tras el CNI, el Gobierno creará un servicio secreto militar", "La Razón", 7 de junio de 2002.

130. Montánchez, Enrique; "Calderón se impone a Trillo e impide dividir el CESID en dos servicios", "La Razón", 5 de junio de 2001.
131. Montañés Pardo, Miguel Angel; La intervención de las comunicaciones; Pamplona, 1999.
132. Montesquieu; El espíritu de las leyes; Madrid, 1987.
133. Morgan, Richard; Domestic Intelligence. Monitoring dissent in America; Austin, 1990.
134. Muniesa, Fernando; Los espías de madera; Madrid, 1.999.
135. Munilla Gómez, Eduardo; Introducción a la estrategia militar española; Madrid, 1984.
136. Muñoz Machado, Santiago; Libertad de prensa y procesos por difamación; Barcelona, 1988.
137. Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel; Terrorismo Global; Madrid, 2006.
138. Navarro Bonilla, Diego y Esteban, Miguel Angel;; Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia; Madrid, 2004.
139. Navarro González; Blas Alberto; Criptología y Libertades Públicas (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
140. "Newsweek", 27 de mayo de 1991.
141. Nieto, Alejandro; "La Administración Pública en la Constitución Española de 1978", "Suplemento al nº 7 de la Revista de Política Comparada".
142. Nietzsche, Friedrich; Así hablaba Zaratustra; Madrid, 1978.
143. Oehling, Hermann; La función política del Ejército; Madrid, 1967.
144. Ortega y Gasset, José; El espectador, Madrid, 1998.
145. Ortega y Gasset, José; La rebelión de las masas; Barcelona, 1983.
146. Palacios, Jesús; 23-F: El golpe del CESID; Barcelona, 2001.
147. Pastor Franco, José; Criptografía digital; Zaragoza, 1.998.
148. Pastor Petit, Domingo; Diccionario Enciclopédico del Espionaje; Madrid, 1996.
149. Pérez Díaz, Santiago; "El CESID en la era de la globalización"; "El País", 1 de julio de 2001.

150. Pérez Villalobos, María Concepción; Derechos fundamentales y servicios de inteligencia; Granada, 2002.
151. Perote, Juan Alberto; Confesiones de Perote; Barcelona, 1999.
152. Polakiewicz; "El proceso histórico de implantación de los derechos fundamentales en Alemania"; "Revista de Estudios Políticos"; 1.993.
153. Quero Rodiles, Felipe; Introducción a la teoría de la seguridad nacional; Madrid, 1989.
154. Ransom, Harry Howe; The intelligence Establishment; Cambridge, 1970.
155. Rascón Ortega, Juan Luis; El punto de partida: La inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental; "Revista del Poder Judicial", nº 58, edición electrónica, San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
156. Rawls, John; Political Liberalism; New York, 1993.
157. Rehnquist, William; "The notion of a Living Constitution", "Texas Law Review", 1976, 54.
158. Revel, Jean-François; La obsesión antiamericana, Barcelona, 2003.
159. Revenga Sánchez, Miguel; "El control de las acciones encubiertas en Estados Unidos"; "Claves de Razón Práctica", nº 64.
160. Revenga Sánchez, Miguel; El imperio de la política, Barcelona, 1.995.
161. Revenga Sánchez, Miguel; Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de estado (edición electrónica); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
162. Revenga Sánchez, Miguel; "Servicios de Inteligencia y derecho a la intimidad"; "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 61.
163. Revenga, Miguel; "Servicios de inteligencia: La ley imprescindible", "Claves de Razón Práctica", nº 110.
164. Ritter, Falko; Die geheimen Nachrichtendienste der Bundesrepublik Deutschland; Heidelberg, 1989.
165. Robertson/Nicol, Geoffrey/Andrew; Media Law. The rights of Journalist and Broadcasters; Londres, 1990.
166. Romm, Joseph; Defining National Security. The Nonmilitary Aspects; Nueva York, 1993.

167. Rueda, Fernando; Por qué nos da miedo el Cesid; Madrid, 1999.
168. Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002.
169. Sáinz de la Peña, José Antonio y Marquina, Antonio; Los servicios de información en un estado democrático; Madrid, 1996.
170. San Martín, José Ignacio; Servicios Secretos; Barcelona, 1983.
171. Sánchez Agesta, Luis; Principios de Teoría Política; Madrid, 1983.
172. Sánchez Agesta, Luis; Documentos constitucionales y textos políticos; Madrid, 1982.
173. Sánchez de Diego, Manuel, declaraciones a “El País” de 28 de octubre de 2008.
174. Santolaya Machetti, Pablo; “El Control de los secretos de Estado; la experiencia en derecho comparado”; “Revista del Poder Judicial”, nº 40, edición electrónica. ISSN 1577-208 X.
175. Sartori, Giovanni; “Democracia y sociedad de la información”, “Claves de Razón Práctica”, nº 97, págs. 6 a 8.
176. Schlessinger, Arthur; The Imperial Presidency; Boston, 1989.
177. Schmitt, Carl; Der Hüter der Verfassung; Tübingen, 1931.
178. Schmitt, Carl; Teoría de la Constitución; Madrid, 1996.
179. Simmel, Georg; Sociología; Madrid, 1977.
180. Solana, Luis; “Cambios en el CESID”, “La Razón”, 15 de marzo de 2002.
181. Stern, Klaus; Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland; München, 1984.
182. Tansky, Michel; Cuatro siglos de policía secreta rusa; Barcelona, 1970.
183. Thies, Jochen; “El renacimiento de los servicios secretos”; “Política Exterior”, nº 101.
184. Urbano, Pilar; “Yo entré en el CESID”; Barcelona, 1997.
185. Utrilla, Daniel; “Putin reorganiza los servicios de seguridad a imagen del antiguo KGB”; “El Mundo”, 15 de julio de 2004.
186. Velasco, Fernando; Bonilla, Diego; Arcos, Rubén; La inteligencia como disciplina científica; Madrid, 2010.

187. Vidal, César; Las Brigadas Internacionales; Madrid, 1.998.
188. Villapadierna, Ramiro; "Alemania, el sistema se defiende"; "ABC", de 30 de agosto de 2004.
189. Viñals, Francisco y Puente, M<sup>a</sup> Luz; Análisis de escritos y documentos en los servicios secretos; Barcelona, 2003.
190. Vital, David; La desigualdad de los estados; Madrid, 1976.
191. VV.AA.; Comentarios universitarios a la "Pacem in terris"; Madrid, 1964.
192. "Washington Post", 22 de diciembre de 1963.
193. Warren y Brandeis, Samuel y Louis; El derecho a la intimidad; Madrid, 1995.
194. Weber, Max; Economía y sociedad; México, 1979.
195. Wilson, William; Dictionary of the United States intelligence services; Jefferson, 1996.
196. Wright, Peter, y Greengrass, Paul; Cazador de espías, Barcelona, 1987.



**Documentos:**

1. Astilleros Yarto, Manuel; "Célula Nacional de Inteligencia Española (SPNIC) en BiH" dentro del documento "Los servicios de inteligencia", II Seminario de Estudios sobre el Ejército, Escuela Superior del Ejército.
2. CESID Manual de Inteligencia, 1ª Parte, Madrid, 1.985
3. Connelly, Thomas John; "Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia en la lucha contra la delincuencia, la violencia política y el terrorismo"; Santiago de Chile, 1991. Informe solicitado por el Parlamento de Chile a este Investigador de la Unidad de Estudios y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
4. Connelly, Thomas John; "Respuesta a una consulta sobre la protección de las personas frente a dichos organismos brindada por las normas constitucionales y legales"; Santiago de Chile, Serie Estudios, Volumen III, Estudio nº 22 de la Biblioteca del Congreso Nacional, 1.991.
5. Connelly, Thomas John; "Respuesta a una consulta sobre organismos de inteligencia en la lucha contra la delincuencia, la violencia política y el terrorismo"; Santiago de Chile, Serie Estudios, Volumen III, Estudio nº 16 de la Biblioteca del Congreso Nacional, 1.991.
6. Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002.
7. Montero-Gómez, Andrés; "Valor de inteligencia.", dentro del documento "Los servicios de inteligencia", entregado a los participantes en el segundo seminario de "Estudios sobre el Ejército", Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.
8. Montero-Gómez, Andrés; "Prejuicio versus inteligencia"; dentro del documento "Los servicios de inteligencia", entregado a los participantes en el segundo seminario de "Estudios sobre el Ejército", Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.
9. Montero-Gómez, Andrés; "Los medios humanos en el ciclo de inteligencia"; dentro del documento "Los servicios de inteligencia", II Seminario de "Estudios sobre el Ejército", Escuela Superior del Ejército, Madrid, mayo de 1.998.

## **Jurisprudencia y Sentencias de los Tribunales:**

### **Sentencias del Tribunal Constitucional:**

1. **STC 1/1981**, citada en el Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.
2. **STC 6/1981**, de 16 de marzo, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
3. **STC 12/1982**, de 31 de marzo. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
4. **STC 13/1984**, de 3 de febrero. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
5. **STC 22/1984**, de 17 de febrero. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
6. **STC 114/1984**. recogida por, Montañés Pardo, Miguel Angel; La intervención de las comunicaciones; Pamplona, 1999, págs. 21 y ss.
7. **STC 17/1985**, recogida por Rascón Ortega, Juan Luis; El punto de partida: La inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental; "Revista del Poder Judicial", nº 58, edición electrónica, San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
8. **STC 137/1985**, recogida por Barrientos Pacho, Jesús María; Entrada y registro en domicilio particular; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.
9. **STC 13/1985**, de 31 de enero, citada por Escobar de la Serna, Luis; Manual de Derecho de la Información; Madrid, 1997, pág. 486.
10. **STC 89/1986**, de 1 de julio. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
11. **STC 55/87**, de 13 de mayo. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
12. **STC 96/1987**. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
13. **STC 231/1988**, citada en el Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.
14. **STC 1/1989**, citada por Rascón Ortega, Juan Luis; El punto de partida: La inviolabilidad domiciliaria como derecho fundamental; "Revista del Poder Judicial", nº 58, edición electrónica, San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
15. **STC 37/89**, de 15 de febrero, citada en Fernández-Espinar, Gonzalo; "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el

marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”; “Revista del Poder Judicial”, nº 32, diciembre de 1993.

16. **STC 206/1990**, de 17 de febrero. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
17. **STC 160/1991**, de 18 de julio, recogido por Matia Portillo, Francisco Javier; El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; Madrid, 1997, pág. 411.
18. **STC 341/1993**, recogida en Estrella Ruiz, Manuel; Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.; San Sebastián, 2004, edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, ISSN 1577-208 X.
19. **STC 57/1994**, citada en el Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.
20. **STC 85/1994**, citada por Montañés Pardo, Miguel Angel; La intervención de las comunicaciones; Pamplona, 1999, págs. 22 y ss.
21. **STC 143/1994**, citada en el Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.
22. **STC 332/1994**, citada en el Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.
23. **STC 66/1995**, de 8 de mayo, citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág 207.
24. **STC 34/1996**, de 11 de marzo. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
25. **STC 55/1996**, citada en el Informe del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, página 7.
26. **STC 207/1996**, de 16 de diciembre Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002.
27. **STC 118/1998**, de 20 de junio, citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 249.
28. **STC 49/1999**, citada en el Informe, de 6 de noviembre de 2001, del Consejo General del Poder Judicial, sobre el Anteproyecto de la LO 2/2002, epígrafe IV “Consideraciones particulares al anteproyecto”, págs. 11 a 15.

29. **STC 171/1999**, de 27 de septiembre. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
30. **STC 175/1999**, citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, págs. 195 y ss.
31. **STC 235/2001**, citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, págs. 195 y ss.
32. **STC 118/1998**, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 4, citada por Pérez Villalobos, María Concepción; Derechos fundamentales y servicios de inteligencia; Granada, 2002, pág. 62.

#### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

1. **STS de 26 de junio de 1993**, citada en Alonso Pérez, Francisco; Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas; Madrid, 2001, ISSN 1577-208 X.

#### **Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid:**

1. **Sentencia 155/2002** de la Audiencia Provincial de Madrid sobre Gastos Reservados, Fundamento Jurídico 4º. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)

#### **Sentencias de los Tribunales del Reino Unido:**

1. ***Attorney-General v. Blake*** (2000); citada en Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 47.
2. ***Attorney-General v. Observer Ltd. and Others*** (1990); citada en Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 46.

3. ***Duncan v. Cammell Laird & Co Ltd*** (1942); citada en Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 71.
4. ***Chandler v. Director of Public Prosecutions***(1964); citada en Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 71.
5. ***Conway v. Rimmer*** (1968); citada en Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 71.
6. ***Burmah Oil Co Ltd v. Bank of England*** (1980); citada en Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 71.
7. ***Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*** , (1985), citada por Revenga Sánchez, Miguel; Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de estado (edición electrónica); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.

#### **Sentencias de los Tribunales Norteamericanos:**

1. *Gompers v. United States* (1914) citada por Revenga Sánchez, Miguel; El imperio de la política, Barcelona, 1.995, pág. 9.
2. *Olmstead v. United States* (1928), citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 127.
3. *Berger v. New York* (1967), citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 127.
4. *Katz v. United States* (1967), citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 127.
5. *United States v. United States District Court* (1972), citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 127.

6. *United States v. Marchetti* (1972), citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 127.
7. *Environmental Protection Agency et al. v. Mink et al.* (1973); citada por Revenga Sánchez, Miguel; El imperio de la política, Barcelona, 1.995, págs. 157 y ss.
8. *New York Times Co. v. United States* (1971); citada por Revenga Sánchez, Miguel; El imperio de la política, Barcelona, 1.995, págs. 157 y ss.
9. *United States v. Nixon*, 1974, citada por Ruiz Miguel, Carlos; Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional; Madrid, 2002, pág. 113.

#### **Sentencias comunitarias (Europa, UE):**

1. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 19 de octubre de 1995, John Carvel y Guardian Newspapers/Consejo; recogida por Mestre Delgado, Juan Francisco; El acceso a los registros administrativos: un derecho de la nueva generación (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.
2. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 1997 (WWF UK - World Wide Fund for Nature-/Comisión) recogida por Mestre Delgado, Juan Francisco; El acceso a los registros administrativos: un derecho de la nueva generación (edición electrónica de los Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ); San Sebastián, 2004, ISSN 1577-208 X.

#### **Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

1. STEDH, 26 de abril de 1979 (caso *The Sunday Times*)  
[www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)

2. STEDH, 2 de agosto de 1984 (caso *Malone*) [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
3. STEDH, 30 de marzo de 1989 (caso *Chappel*) [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
4. STEDH, 29 de septiembre de 1990, (caso *Kruslin*). [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)
5. STEDH, 29 de septiembre de 1990 (caso *Huving*). [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (30 de julio 2009)